

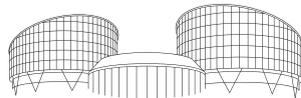
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME



REPORTS  
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL  
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2015-V



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

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

 WOLF LEGAL PUBLISHERS

**Reports of Judgments and Decisions/Recueil des arrêts et décisions**  
**Volume 2015-V**



Published by/Publié par

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

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

Imprimé sur demande par Digiforce (Vianen, Pays-Bas) 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: 978-9-462-40944-6

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2018

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2018

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>Magee and Others v. the United Kingdom</i> , nos. 26289/12 and 2 others, judgment of 12 May 2015 (extracts) .....	1
<i>Magee et autres c. Royaume-Uni</i> , n <sup>os</sup> 26289/12 et 2 autres, arrêt du 12 mai 2015 (extraits) .....	31
<i>Chitos v. Greece</i> , no. 51637/12, judgment of 4 June 2015 (extracts)..	61
<i>Chitos c. Grèce</i> , n <sup>o</sup> 51637/12, arrêt du 4 juin 2015 (extraits) .....	81
<i>Nazarenko v. Russia</i> , no. 39438/13, judgment of 16 July 2015 (extracts) .....	101
<i>Nazarenko c. Russie</i> , n <sup>o</sup> 39438/13, arrêt du 16 juillet 2015 (extraits)..	121
<i>Parrillo c. Italie</i> [GC], n <sup>o</sup> 46470/11, arrêt du 27 août 2015 .....	141
<i>Parrillo v. Italy</i> [GC], no. 46470/11, judgment of 27 August 2015...	249
<i>M. and M. v. Croatia</i> , no. 10161/13, judgment of 3 September 2015 (extracts) .....	351
<i>M. et M. c. Croatie</i> , n <sup>o</sup> 10161/13, arrêt du 3 septembre 2015 (extraits) .....	377
<i>Bouyid c. Belgique</i> [GC], n <sup>o</sup> 23380/09, arrêt du 28 septembre 2015..	405
<i>Bouyid v. Belgium</i> [GC], no. 23380/09, judgment of 28 September 2015.....	457



## Subject matter/Objet des affaires

### Article 3

Slaps allegedly administered by police officers during questioning

*Bouyid v. Belgium* [GC], p. 457

Gifles prétendument administrées par des policiers qui procédaient à une audition

*Bouyid c. Belgique* [GC], p. 405

### Article 4

Order by the authorities for payment of a fee, despite stay of execution of the decision imposing it, by an army medical officer seeking to resign before the end of his term of service

*Chitos v. Greece*, p. 61

Demande de paiement par l'administration, en dépit du sursis à l'exécution de la décision, d'une indemnité par un médecin de l'armée pour pouvoir démissionner avant la fin de sa période de service

*Chitos c. Grèce*, p. 81

### Article 5

#### Article 5 § 3

Inability of judge to address issue of conditional release in early stages of detention

*Magee and Others v. the United Kingdom*, p. 1

Impossibilité pour le juge d'examiner la question de la libération conditionnelle aux premiers stades de la détention

*Magee et autres c. Royaume-Uni*, p. 31

### Article 8

Failure to hear child's views during protracted custody proceedings

*M. and M. v. Croatia*, p. 351

Enfant non entendu pendant la longue procédure relative à l'attribution de sa garde

*M. et M. c. Croatie*, p. 377

Complete and automatic exclusion of applicant from child's life after it was established he was not the biological father

*Nazarenko v. Russia*, p. 101

Exclusion complète et automatique du requérant de la vie d'un enfant après qu'il eut été établi qu'il n'était pas le père biologique

*Nazarenko c. Russie*, p. 121

Prohibition on donating embryos obtained from *in vitro* fertilisation to scientific research

*Parrillo v. Italy* [GC], p. 249

Interdiction du don d'embryons pour la recherche scientifique issus d'une fécondation *in vitro*

*Parrillo c. Italie* [GC], p. 141

MAGEE AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM  
*(Applications nos. 26289/12 and 2 others)*

FOURTH SECTION

JUDGMENT OF 12 MAY 2015<sup>1</sup>

---

1. English original. Extracts.



SUMMARY<sup>1</sup>**Inability of judge to address issue of conditional release in early stages of detention**

There is no ground for concluding that the initial automatic review of arrest and detention required by Article 5 § 3 must, as a matter of automatic obligation, cover the release of the arrested person pending trial, with or without conditions, for reasons aside from the lawfulness of the detention or the existence of reasonable suspicion that the arrested person has committed a criminal offence (see paragraph 84 of the judgment).

**Article 5 § 3**

*Deprivation of liberty – Brought promptly before judge or other officer – Inability of judge to address issue of conditional release in early stages of detention – Whether Article 5 § 3 imposes obligation to consider conditional release during initial automatic review of lawfulness – Safeguards against arbitrary detention*

\*

\* \*

*Facts*

The applicants were arrested on suspicion of involvement in the murder of a police officer. They were brought, forty-eight hours later, before a County Court Judge who reviewed the lawfulness of their detention and granted an extension for another five days (for further questioning and forensic examinations). Later, their pre-trial detention was further extended, the applicants being ultimately released without charge after twelve days.

Under Schedule 8 of the Terrorism Act 2000 of Northern Ireland, a detainee could be kept in detention for up to twenty-eight days without charge. The lawfulness of that detention had to be reviewed by the competent judge within forty-eight hours and every seven days thereafter. While that judge had the power to release if the arrest/early detention was unlawful, he or she had no power to release on bail.

*Law*

Article 5 § 3: Paragraph 3 of Article 5 is structurally concerned with two separate matters: the early stages following an arrest, when an individual is taken into the power of the authorities, and the period pending any trial before a criminal court, during which the individual may be detained or released with or without

---

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

conditions. These two limbs confer distinct rights and are not on their face logically or temporally linked.

As regards the first limb, the Court's case-law establishes that there must be protection, through judicial control, of an individual arrested or detained "on reasonable suspicion of having committed [a criminal] offence", that is to say, even before any criminal charge may have been brought. The judicial control must be prompt, automatic (in other words, not depend on the application of the detained person) and must be carried out before an independent judge or other officer with the power to order release, after hearing the individual and reviewing the lawfulness of, and justification for, the arrest and detention.

The Court found those conditions were satisfied in the applicants' case and went on to consider whether there should have been a possibility of conditional release during the period of the applicants' detention. It noted that, although the applicants were twice brought before a County Court Judge while in police custody, at no time were they brought before a judge with the power to order conditional release. The Court found, however, that the applicants had been detained for a relatively short period (twelve days), and were thus at all times in "the early stages" of the deprivation of liberty when their detention could be justified by the existence of reasonable suspicion that they had committed a criminal offence. Nothing in the Court's case-law on Article 5 § 3 made it necessary for consideration also to be given to their conditional release during this period.

In any event, a number of safeguards had been in place to protect the applicants against arbitrary detention: the judge could only extend detention for a maximum of seven days and the overall period could not exceed twenty-eight days; before granting any extension the judge had to be satisfied that there were reasonable grounds for believing that further detention was necessary and that the investigation was being conducted diligently and expeditiously; the judge also had to be satisfied that the arrest was lawful and consider the merits of detention; the first applicant had given evidence on oath during the first review and arguments from both applicants were heard during the second reviews; finally, the applicants had been able to challenge their continued detention by way of judicial review.

In the light of these factors, the absence of a possibility of conditional release during the period of the applicants' deprivation of liberty did not give rise to any issues under Article 5 § 3.

*Conclusion:* no violation (unanimously).

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

*Aksoy v. Turkey*, 18 December 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI

*Aquilina v. Malta* [GC], no. 25642/94, ECHR 1999-III

*Assenov and Others v. Bulgaria*, 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII

*Belousov v. Ukraine*, no. 4494/07, 7 November 2013

*Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, 26 May 1993, Series A no. 258-B

*Brogan and Others v. the United Kingdom*, 29 November 1988, Series A no. 145-B  
*Dikme v. Turkey*, no. 20869/92, ECHR 2000-VIII  
*Hassan and Others v. France*, nos. 46695/10 and 54588/10, 4 December 2014  
*İpek and Others v. Turkey*, nos. 17019/02 and 30070/02, 3 February 2009  
*Kandzhov v. Bulgaria*, no. 68294/01, 6 November 2008  
*Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, ECHR 2000-XI  
*Lawless v. Ireland (no. 3)*, 1 July 1961, Series A no. 3  
*Letellier v. France*, 26 June 1991, Series A no. 207  
*Margaretić v. Croatia*, no. 16115/13, 5 June 2014  
*McKay v. the United Kingdom* [GC], no. 543/03, ECHR 2006-X  
*Medvedyev and Others v. France* [GC], no. 3394/03, ECHR 2010  
*Murray v. the United Kingdom*, 28 October 1994, Series A no. 300-A  
*Neumeister v. Austria*, 27 June 1968, Series A no. 8  
*Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99, ECHR 2005-IV  
*Schiesser v. Switzerland*, 4 December 1979, Series A no. 34  
*Stögmüller v. Austria*, 10 November 1969, Series A no. 9  
*T.W. v. Malta* [GC], no. 25644/94, 29 April 1999  
*Yağcı and Sargın v. Turkey*, 8 June 1995, Series A no. 319-A



**In the case of Magee and Others v. the United Kingdom,**

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

Päivi Hirvelä, *President*,

George Nicolaou,

Ledi Bianku,

Nona Tsotsoria,

Paul Mahoney,

Krzysztof Wojtyczek,

Faris Vehabović, *judges*,

and Françoise Elens-Passos, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 14 April 2015,

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

## PROCEDURE

1. The case originated in three applications (nos. 26289/12, 29062/12 and 29891/12) against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by three Irish nationals, Mr Gabriel Magee, Mr Colin Francis Duffy and Ms Teresa Magee (“the applicants”), on 1 May 2012, 14 May 2012 and 10 May 2012 respectively.

2. The first and second applicants were represented by KRW Law-LLP, a firm of solicitors based in Belfast. The third applicant was represented by Mr P. Moriarty of O’Connor & Moriarty Solicitors, a firm practising in Lurgan. The United Kingdom Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms M. Addis of the Foreign and Commonwealth Office.

3. On 24 September 2012 notice of the applications of the first and second applicant was given to the Government. Notice of the third applicant’s application was given to the Government on 7 November 2012. The applicants and the Government each filed observations on the admissibility and merits of the cases (Rule 59 § 1 of the Rules of Court).

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

4. The first applicant was born in 1972 and lives in Craigavon. The second applicant was born in 1967 and lives in Lurgan. The third applicant was born in 1978 and lives in Craigavon.

### A. The first and third applicants

5. On 14 March 2009 the first and third applicants were arrested under section 41 of the Terrorism Act 2000 (“the 2000 Act”) on suspicion of involvement in the murder of a police officer on 9 March 2009. They were detained at Antrim police station on the same day. The first applicant was interviewed twice on 15 March 2009 and once on 16 March 2009; the third applicant was interviewed three times on 15 March 2009 and once on 16 March 2009.

6. On 16 March 2009 the Director of Public Prosecutions (“DPP”) made applications to the County Court under paragraph 29 of Schedule 8 to the 2000 Act for warrants of further detention in respect of both applicants in order to carry out questioning and to conduct forensic examinations. The first applicant gave evidence on oath in the course of the hearing. Following the hearing, the County Court Judge granted warrants authorising a five-day extension of detention.

7. Each of the applicants was interviewed on twelve occasions in the following five days.

8. On 21 March 2009 the DPP made applications to the County Court under paragraph 36 of Schedule 8 to the 2000 Act for seven-day extensions to the periods specified in the warrants for further detention. The extensions were sought in order to facilitate further questioning of the applicants once the results of additional forensic tests were obtained. At separate hearings on 22 March 2009 a police superintendent gave evidence on oath as to the necessity of the extensions, and arguments were heard on behalf of the first and third applicants.

9. Following the hearings, Her Honour Judge Philpott QC delivered a written judgment in respect of the first applicant and an *ex tempore* decision in respect of the third applicant. She granted both applications, authorising the first applicant’s continued detention until 7.20 a.m. on 28 March 2009 and the third applicant’s continued detention until 5.52 a.m. on 28 March 2009. In her reasoning, Judge Philpott noted that the relevant forensic evidence was central to the investigation and that the investigation was being carried out diligently and expeditiously.

10. In the rulings Judge Philpott considered whether the 2000 Act or Article 5 of the Convention gave the court deciding whether or not to grant an extension of detention an express or implied power to examine the lawfulness of the arrest or to grant bail. She concluded that it did not as the 2000 Act only gave the judge the power to decide whether or not an extension of detention was necessary. Consequently, she had to confine herself to the issue of whether or not it was necessary to extend detention

beyond forty-eight hours for investigative purposes, and any issue as to the lawfulness of the arrest would have to be determined by the High Court in either habeas corpus or judicial review proceedings.

...

### **C. Joint proceedings**

17. The applicants sought permission to apply for judicial review of Judge Philpott's decisions of 21 and 22 March 2009 granting further extensions to the warrants authorising their detention. They submitted, firstly, that Judge Philpott had been wrong to conclude that a court, in deciding whether or not to grant an extension of detention, was precluded from investigating the lawfulness of the arrest; secondly, that the judge had failed to address the question of whether the detention of the applicants was required while the results of the forensic examinations were expected; thirdly, that the judge had failed to give reasons for her decision that detention was required; and, finally, that Schedule 8 of the 2000 Act was incompatible with Article 5 of the Convention.

18. Permission to apply for judicial review was granted by the High Court of Northern Ireland on 24 March 2009 and the High Court heard the applications on 25 March 2009.

19. In respect of the applicants' first submission, the High Court held that paragraphs 5 and 32 of Schedule 8 to the 2000 Act had to be read in conformity with the requirements of Article 5 § 3 of the Convention as explained in the jurisprudence of the Court. Thus, the review of the lawfulness of the detention had to embrace an examination of the basis of the arrest, otherwise a person could be detained under the 2000 Act for up to twenty-eight days without there having been any judicial review of the lawfulness of the original arrest and that could not be Convention compliant. The High Court therefore found that Judge Philpott had been wrong to disavow any review of the lawfulness of the applicants' arrest and, as a consequence, her decision to grant extensions had to be quashed. The court accepted, however, that a review of the lawfulness of the arrest need not involve a detailed analysis of the basis for the decision to arrest and should reflect the constraints that necessarily apply in many arrests for terrorist offences.

20. With regard to the applicants' second and third submissions, the High Court found that, although the judge had not focused directly on whether the applicants had to be detained rather than released pending the outcome of the remaining forensic examinations, she had not failed to have regard to the need for detention as the basis for the grant of the warrant.

Moreover, although her reasons were pithily stated, they were sufficient to convey to the applicants the basis of her decision.

21. Consideration of the applicants' fourth submission, namely the compatibility of Schedule 8 to the 2000 Act with Article 5 of the Convention, was adjourned. In a judgment delivered on 24 February 2011, the High Court of Northern Ireland found no basis for the submission that Schedule 8 was incompatible with Article 5 of the Convention. In particular, the court held that, although there was no doubt that the "competent legal authority" referred to in Article 5 § 1 (c) was the authority having competence to deal with a criminal charge (the magistrate in the United Kingdom), in *Schiesser v. Switzerland* (4 December 1979, § 29, Series A no. 34) and *McKay v. the United Kingdom* ([GC], no. 543/03, ECHR 2006-X) the Court had made it clear that the function of "a judge or other officer" for the purposes of Article 5 § 3 of the Convention could be carried out by an officer authorised by law to exercise judicial power and did not necessarily have to be a person with power to conduct the trial of any eventual criminal charge; that, although there was no express power to order release in the 2000 Act as required by Article 5 § 3 of the Convention, such a power must be implied; that, as paragraph 32 of Schedule 8 to the 2000 Act provided that there must be reasonable grounds for believing that the further detention of a person was necessary, it therefore contained a requirement of proportionality; that, there was no provision for conditional release on bail within the statutory scheme, an issue which did not arise in the present case but would need to be addressed in any future case in which it arose; that, although paragraph 33(3) of Schedule 8 enabled a judicial authority to exclude an applicant or anyone representing him from any part of the hearing and paragraph 34 permitted information to be withheld from the applicant or anyone representing him, there were a range of tools available to the court to preserve to the necessary extent an adversarial procedure and equality of arms; and, finally, that there was no authority which supported the applicants' contention that Article 5 required that a detained person be charged well before the expiry of the twenty-eight day period contemplated in the 2000 Act.

22. On 4 April 2011 the High Court of Northern Ireland certified that it was satisfied that the decision given on 24 February 2011 involved the following points of law of general public importance.

"a) Whether paragraphs 29(3) and 36(3)(b) of Part III of Schedule 8 to the Terrorism Act 2000 ('the Act') permitting extended detention for more than four days are compatible with the Applicant's rights under Article 5(1)(c), 5(2) and 5(3) of the European Convention on Human Rights ('the Convention')

1) If compliance with Article 5(3) of the Convention can only be achieved by providing for a detainee to be brought before a judicial authority (i) other than the Magistrates' Court and (ii) without any charges having been preferred against him;

2) If Articles 5(1)(c) and 5(3) of the Convention are required to be read together as linked provisions and understood as creating a scheme so that the 'judge or other officer authorised by law to exercise judicial power' referred to in Article 5(3) and 'the competent legal authority' referred to in Article 5(1)(c) are one and the same;

3) If the 'judicial authority' provided for in Schedule 8 to the Act is the 'judge or other officer authorised by law to exercise judicial power' within the meaning of Article 5(3) of the Convention;

4) If Articles 5(1)(c) and 5(3) of the Convention cannot be interpreted in such a way as to permit the detention of a suspect without charge for any period specified by Parliament, subject only to the requirement of periodic judicial approval of the kind specified in Article 8 to the Act.

b) Whether the absence of a power to allow for conditional release on bail rendered the scheme for extending detention set out in Part III of Schedule 8 incompatible with Article 5 [of the Convention]; and

c) Whether the procedure for granting an extension of detention, in circumstances where the suspect and legal representative have been excluded by the judge for a part of the hearing (as per Schedule 8, para 33(3)) and by reason of same information is made available to the judge but withheld from the suspect and his legal representative, Schedule 8, para 34(1) and (2)(f) is incompatible with the request for an adversarial hearing as required by Article 5 in light of *Secretary of State for the Home Department v AF (FC) & Anor* [2010] 2 AC 269."

23. However, the High Court refused leave to appeal to the Supreme Court.

24. Permission to appeal was refused by the Supreme Court on 14 November 2011 on the basis that the applications did not raise an arguable point of law of general public importance.

#### **D. The applicants' release from detention**

25. The applicants were released without charge on 25 March 2009. The first and third applicants were not subsequently charged with any offence related to the murder of the police officer.

26. The second applicant was immediately rearrested and interviewed over the following two days. On 27 March 2009 he was charged with the murder of the two soldiers, five attempted murders and possession of a firearm and ammunition. He was produced before a District Judge sitting at Larne Magistrates' Court on 27 March 2009. His application for bail was refused. Following a hearing which took place on 6 and 23 November 2009, bail was refused by the High Court on the ground that there was a real risk

of reoffending on account of his suspected involvement with a dissident republican organisation. The High Court again declined to grant bail on 8 October 2010.

27. On 7 November 2011 the second applicant stood trial before a judge sitting without a jury. On 20 January 2012 he was acquitted on all counts of the indictment.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

### **A. Powers of arrest and detention of terrorist suspects under the 2000 Act**

28. Section 40 of the 2000 Act defines a terrorist as a person who has committed an offence under various sections of the Act or who is or has been concerned in the commission, preparation or instigation of acts of terrorism.

29. Section 41(1) of the 2000 Act provides that a constable may arrest without warrant a person whom he reasonably suspects to be a terrorist.

30. Part II of Schedule 8 to the 2000 Act deals with the detention of such a person by police during the first forty-eight hours.

31. Section 41(3) of the 2000 Act provides that a detained person must be released not later than the end of the period of forty-eight hours beginning with the time of the arrest subject to subsections (4) to (7) set out below.

“(4) If on a review of a person’s detention under Part II of Schedule 8 the review officer does not authorise continued detention, the person shall (unless detained in accordance with subsection (5) or (6) or under any other power) be released.

(5) Where a police officer intends to make an application for a warrant under paragraph 29 of Schedule 8 extending a person’s detention, the person may be detained pending the making of the application.

(6) Where an application has been made under paragraph 29 or 36 of Schedule 8 in respect of a person’s detention, he may be detained pending the conclusion of proceedings on the application.

(7) Where an application under paragraph 29 or 36 of Schedule 8 is granted in respect of a person’s detention, he may be detained, subject to paragraph 37 of that Schedule, during the period specified in the warrant.”

32. Paragraph 29 of Schedule 8 to the 2000 Act provides that the DPP for Northern Ireland may apply to a judicial authority for the issue of a warrant of further detention. Pursuant to paragraph 29(3), the period of further detention shall be seven days from the time of the arrest under section 41 of the 2000 Act unless the application is for a shorter period or

the judicial authority is satisfied that there are circumstances that would make it inappropriate for the specified period to be as long as the period of seven days.

33. In Northern Ireland the judicial authority under the 2000 Act is a County Court Judge or a District Judge (Magistrates' Court) who has been designated for the purposes of the Act.

34. Paragraph 30 of Schedule 8 requires the application for the warrant to be made during the period of the initial detention or within six hours of the end of that period.

35. Paragraph 31 ensures that an application for a warrant cannot be heard until the person to whom it relates has been given a notice stating that the application has been made, the time at which it was made, the time at which it is to be heard, and the grounds upon which further detention is sought.

36. Paragraph 32(1) provides that a judicial authority may only issue a warrant of further detention if satisfied that there are reasonable grounds for believing that the further detention of the person is necessary and that the investigation in connection with which the person is detained is being conducted diligently and expeditiously.

37. Paragraph 32(1A) provides that the further detention of a person is required if it is necessary

“(a) to obtain relevant evidence whether by questioning him or otherwise;

(b) to preserve relevant evidence; or

(c) pending the result of an examination or analysis of any relevant evidence or of anything the examination or analysis of which is to be or is being carried out with a view to obtaining relevant evidence.”

38. Relevant evidence is evidence which relates to the commission of an offence under section 40 or an indication that the person detained is a person falling within that section.

39. Paragraph 33 requires that a person to whom an application relates be given an opportunity to make oral or written representations to the judicial authority and be legally represented at the hearing. Paragraph 33(3) provides that the judicial authority may exclude the person to whom the application relates or anyone representing him from the hearing.

40. Likewise, paragraph 34 enables the DPP to apply to the judicial authority for an order that specified information upon which he intends to rely be withheld from the person to whom the application relates and anyone representing him. The judicial authority may make such an order only if satisfied that there are reasonable grounds for believing that if the information were disclosed

“(a) evidence of an offence under any of the provisions mentioned in section 40(1)(a) would be interfered with or harmed,

(b) the recovery of property obtained as a result of an offence under any of those provisions would be hindered,

(c) the recovery of property in respect of which a forfeiture order could be made under section 23 or 23A would be hindered,

(d) the apprehension, prosecution or conviction of a person who is suspected of falling within section 40(1)(a) or (b) would be made more difficult as a result of his being alerted,

(e) the prevention of an act of terrorism would be made more difficult as a result of a person being alerted,

(f) the gathering of information about the commission, preparation or instigation of an act of terrorism would be interfered with, or

(g) a person would be interfered with or physically injured.”

41. Paragraph 36 deals with extensions of warrants of further detention up to a maximum of twenty-eight days. Each application for an extension may extend the period of detention for up to seven days. Any application which would extend the then total period beyond fourteen days must be made to a judge of the High Court; otherwise the application is made to a specially designated County Court Judge or a District Judge (Magistrates’ Court).

**B. *Ward v. Police Service of Northern Ireland***  
**[2007] 1 WLR 3013; [2007] UKHL 50**

42. In *Ward v. Police Service of Northern Ireland*, the House of Lords held that the procedure contemplated by paragraph 33 of Schedule 8 was conceived in the best interests of the detained person and not those of the police. It stated as follows.

“27. The answer to this question is that the procedure before the judicial authority which para 33 contemplates has been conceived in the interests of the detained person and not those of the police. It gives the person to whom the application relates the right to make representations and to be represented at the hearing. But it recognises too the sensitive nature of the inquiries that the judicial authority may wish to make to be satisfied, in that person’s best interests, that there are reasonable grounds for believing that the further detention that is being sought is necessary. The more penetrating the examination of this issue becomes, the more sensitive it is likely to be. The longer the period during which an extension is permitted, the more important it is that the grounds for the application are carefully and diligently scrutinised.

28. As in this case, the judicial authority’s need to scrutinise may trespass upon the right of the police to withhold from a suspect the line of questioning they intend to

pursue until he is being interviewed. If it does, it will not be to the detained person's disadvantage for him to be excluded so that the judicial authority may examine that issue more closely to see whether the exacting test for an extension that para 32 lays down is satisfied. The power will not in that event be being used against the detained person but for his benefit. As Hart J said in his *ex tempore* judgment, that person's safeguard is the judge, whose function it is rigorously and comprehensively to examine the basis on which the application is being made.

29. There may be cases where there is a risk that the power given to the judicial authority by para 33(3) will operate to the detained person's disadvantage. Those cases are likely to be rare, but the judicial authority must always be careful not to exercise it in that way. ...”

## THE LAW

### I. JOINDER OF THE APPLICATIONS

43. The three applications in the present case (nos. 26289/12, 29062/12 and 29891/12) raise the same issues. For the reasons set out at paragraphs 47 to 59 below [see full text of judgment, available in Hudoc], the Court finds that the second applicant's complaints are inadmissible. It considers, however, that the remaining applications (nos. 26289/12 and 29891/12) should be joined pursuant to Rule 42 § 1 of the Rules of Court.

### II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 5 §§ 1 (c), 2 AND 3 OF THE CONVENTION

44. The applicants complained that their detention was in breach of Article 5 §§ 1 (c), 2 and 3 of the Convention, 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:

...

(c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;

...

2. Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and of any charge against him.

3. Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by

law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.”

45. The Court is not bound by the legal characterisation given by an applicant to the facts of the case (see, for example, *Margaretić v. Croatia*, no. 16115/13, § 75, 5 June 2014). Therefore, as the substance of the applicants’ complaint under Article 5 § 1 (c) was that they were not brought promptly before a “judge or other officer”, it considers that it would be more appropriate to examine that complaint under Article 5 § 3.

46. The Government contested the applicants’ arguments.

...

## **B. Merits**

### *1. The parties’ submissions*

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

62. The applicants relied on *Schiesser v. Switzerland*, 4 December 1979, Series A no. 34 as authority for the proposition that “competent legal authority” (Article 5 § 1 (c) of the Convention) was a synonym, of abbreviated form, for “judge or other officer authorised by law to exercise judicial power” (Article 5 § 3). Pursuant to the scheme for commencement of criminal proceedings in Northern Ireland, the Magistrates’ Court was where a defendant was produced on a first appearance following charge. The applicants therefore submitted that in Northern Ireland the Magistrates’ Court was both the “competent legal authority” for the purposes of Article 5 § 1 (c) of the Convention and the “judge or other officer” for the purposes of Article 5 § 3 and, as they were never brought before a Magistrates’ Court, their pre-charge detention was in breach of Article 5 § 3.

63. The applicants further submitted that it made perfect sense for the first post-charge appearance before the Magistrates’ Court to be the appearance before the “judge or other officer”, as it would provide further additional safeguards against arbitrary detention. In particular, it would ensure the prompt and public announcement of the charge against the detainee; it would ensure consideration of the detainee’s continued detention and, importantly, the possibility of conditional release; and if further detention was authorised it would be in prison rather than a police station, which was unlikely to be adequate for prolonged periods of detention.

64. Even if the Court were to accept that the judicial control of detention contemplated by Article 5 § 3 of the Convention did not have to be fulfilled by a Magistrates’ Court, the applicant submitted that the “judicial authority” as constituted under the Terrorism Act 2000 (“the 2000 Act”) did not have the powers and characteristics to fulfil the requirements of that Article.

65. Firstly, they argued that the scope of the inquiry carried out by the “judicial authority” at the first automatic review of detention was not compliant with Article 5 § 3 of the Convention. In the present case the High Court found that a review of the lawfulness of arrest need not involve a detailed analysis of the basis for the decision to arrest and should reflect the necessary constraints that applied in many arrests for terrorist offences, where reasons of public safety prevented the disclosure of the full information upon which the decision to arrest was taken. The applicants submitted that this was not compliant with Article 5 § 3, as such a test prevented the effective review of arrest and detention required by that Article on the first automatic review by a judge and in subsequent reviews. Therefore, even if the County Court Judge had proceeded on the basis approved by the High Court, it would not have been sufficient to comply with Article 5 § 3.

66. Secondly, the logical consequence of the creation of a separate and distinct mechanism outside the normal legal processes was that the “judicial authority” had to fulfil two separate judicial-supervision roles required by Article 5 § 3 of the Convention: the automatic review of detention and consideration of whether the detainee should be released on bail pending trial. Convention case-law established that the latter role had to be carried out with due expedition (*McKay v. the United Kingdom* [GC], no. 543/03, ECHR 2006-X). There was no dispute between the parties that the “judicial authority” as constituted under the 2000 Act did not possess the power to order conditional release; however, without the possibility of imposing conditions of release the judicial authority could only order unconditional release or continued detention. The position was particularly stark in a case such as the present, where the applicants should, at the very least, have been conditionally released. In this regard the applicants submitted that the police had sought to extend their detention when they had already been detained for seven days without charge; police interviews had come to an end save for the receipt of the results of forensic tests; the investigations had not produced any or sufficient evidence to charge the applicants; they were of good character and did not pose a flight risk; and they were entitled to the presumption of innocence.

**(b) The Government**

67. The Government submitted that the essential requirement in Article 5 § 3 of the Convention was for the arrested person to be brought promptly before “a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power”. The judicial bodies contemplated by Article 5 §§ 1 (c) and 3 did not have to be identical; as Schedule 8 required a detained person to be brought before a judge, it conformed to the essential requirement contained

in Article 5 § 3. In support of this assertion the Government relied on the wording of Article 5; the purpose underlying Article 5; and the Court's judgments in *Aquilina v. Malta* [GC], no. 25642/94, ECHR 1999-III and *Schiesser*, cited above.

68. Firstly, the fact that different language was used in Article 5 § 1 (c) on the one hand and in Article 5 § 3 on the other demonstrated that the two judicial bodies referred to in those provisions did not need to be identical.

69. Secondly, in *Medvedyev and Others v. France* [GC], no. 3394/03, ECHR 2010, the Court stated that the purpose of Article 5 § 3 was to ensure that arrested persons were physically brought before a judicial officer promptly and, for the Government, the provisions of Schedule 8 served this purpose. In particular, they provided a safeguard against arbitrary detention, as there was independent judicial scrutiny of the reasons for a suspect's detention and release had to be ordered if a suspect's continued detention was not justified. To suggest that the "judge or other officer" in Article 5 § 3 should be the same as the "competent legal authority" in Article 5 § 1 (c) would add nothing to the protection afforded to a detained person, would give priority to form over substance, and would limit for no good reason the organisation of judicial resources by the State concerned.

70. Thirdly, there was nothing in either *Schiesser* or *Aquilina* (both cited above) to suggest that the judicial body in Article 5 § 3 should be identical to that in Article 5 § 1 (c). On the contrary, the Court had made it clear in those judgments that the important question was whether the judicial or other officer had the requisite independence from the executive and the parties.

71. The Government further submitted that the applicants had misunderstood the nature of the compulsory first review under Article 5 § 3 of the Convention. Firstly, there was no requirement that a person detained pursuant to Article 5 § 1 (c) must have been – or must eventually be – charged (see *Brogan and Others v. the United Kingdom*, 29 November 1988, § 53, Series A no. 145-B). Accordingly, prompt and public announcement of a criminal charge as part of the review of the lawfulness of detention under Article 5 § 3 was irrelevant.

72. Secondly, there was no ground for concluding that the review under Article 5 § 3 must, as a matter of automatic obligation, cover the release of the detainee pending trial, with or without conditions, for reasons aside from the lawfulness of the detention or the existence of reasonable suspicion that he or she had committed a criminal offence (see *McKay*, cited above, §§ 38-39). The requirements of Article 5 § 3 in relation to detention under Article 5 § 1 (c) and the requirements of Article 5 § 3 in relation to continuing pre-trial detention (which did encompass consideration of conditional

release) conferred distinct rights and were not on their face logically or temporally linked (see *Medvedyev and Others*, cited above, § 119). In the present case, although the applicants' pre-trial detention was at a very early stage, the judge could only issue a warrant of further detention if satisfied that each applicant was a person reasonably suspected of having committed a terrorist offence or of being a terrorist; that there were reasonable grounds for believing that the further detention of each applicant was necessary; and that the investigation was being conducted diligently and expeditiously. In these circumstances it was not necessary for the judge to have the additional power to release the applicant on conditional bail.

## 2. *The Court's assessment*

### (a) **General principles**

73. The Court reiterates that Article 5 of the Convention is in the first rank of the fundamental rights that protect the physical security of an individual, and that three strands in particular may be identified as running through the Court's case-law: the exhaustive nature of the exceptions, which must be interpreted strictly and which do not allow for the broad range of justifications under other provisions (Articles 8-11 of the Convention in particular); the repeated emphasis on the lawfulness of the detention, procedurally and substantively, requiring scrupulous adherence to the rule of law; and the importance of the promptness or speediness of the requisite judicial controls under Article 5 §§ 3 and 4 (see *McKay*, cited above, § 30).

74. The Court notes the importance of the guarantees afforded by Article 5 § 3 to an arrested person. The purpose of this provision is to ensure that arrested persons are physically brought before a judicial officer promptly. Such automatic expedited judicial scrutiny provides an important measure of protection against arbitrary behaviour, incommunicado detention and ill-treatment (see, among other authorities, *Brogan and Others*, cited above, § 58; *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, 26 May 1993, §§ 62-63, Series A no. 258-B; *Aquilina*, cited above, § 49; and *Dikme v. Turkey*, no. 20869/92, § 66, ECHR 2000-VIII).

75. Article 5 § 3, as part of this framework of guarantees, is structurally concerned with two separate matters: the early stages following an arrest, when an individual is taken into the power of the authorities, and the period pending any trial before a criminal court, during which the individual may be detained or released with or without conditions. These two limbs confer distinct rights and are not on their face logically or temporally linked (see *T.W. v. Malta* [GC], no. 25644/94, § 49, 29 April 1999; *McKay*, cited above, § 31; and *Medvedyev and Others*, cited above, § 119).

76. Taking the initial stage under the first limb, the Court's case-law establishes that there must be protection, through judicial control, of an individual arrested or detained "on reasonable suspicion of having committed [a criminal] offence", that is to say, even before any criminal charge may have been brought (see *Brogan and Others*, cited above, § 53). Such control serves to provide effective safeguards against the risk of ill-treatment, which is at its greatest in this initial stage of a perhaps continuing deprivation of liberty following the bringing of a criminal charge, and against the abuse of powers bestowed on law-enforcement officers or other authorities for what should be narrowly restricted purposes and exercisable strictly in accordance with prescribed procedures. The judicial control must satisfy the requirements set out below (see *McKay*, cited above, § 32).

(i) *Promptness*

77. The judicial control on the first appearance of an arrested individual must above all be prompt, to allow detection of any ill-treatment and to keep to a minimum any unjustified interference with individual liberty. Although each case has to be assessed according to its special features (see *Belousov v. Ukraine*, no. 4494/07, § 94, 7 November 2013), the strict time constraint imposed by this requirement leaves little flexibility in interpretation, otherwise there would be a serious weakening of a procedural guarantee to the detriment of the individual and the risk of impairing the very essence of the right protected by this provision (see *Brogan and Others*, cited above, § 62, where periods of four days and six hours in detention without appearance before a judge were held to be in violation of Article 5 § 3, even in the special context of terrorist investigations).

78. The implication of *Brogan and Others* (cited above) is that, even where, as in the context of anti-terrorism legislation, there exist exceptional circumstances or special difficulties justifying a longer period than normal before the authorities bring the arrested person before a judge, the first review must take place within a maximum of four days after the arrest. In *McKay*, cited above, the Court found no violation of Article 5 § 3 of the Convention in circumstances where a non-terrorist suspect was brought before the judicial officer within forty-eight hours of his arrest. Likewise, in *Aquilina*, cited above, the Court accepted that the applicant's appearance before a magistrate two days following his arrest satisfied the requirement of promptness. Nevertheless, while any period in excess of four days is *prima facie* too long, in certain circumstances shorter periods can also be in breach of the promptness requirement (see *İpek and Others v. Turkey*, nos. 17019/02 and 30070/02, §§ 36-37, 3 February 2009, in which a period of three days and nine hours was not sufficiently prompt in relation

to applicants who were minors; *Kandzhov v. Bulgaria*, no. 68294/01, § 66, 6 November 2008, in which a period of three days and twenty-three hours was not sufficiently prompt where the applicant, who as arrested on charges of a minor and non-violent offence, had already spent twenty-four hours in custody when the police proposed to the prosecutor in charge of the case to request the competent court to place the applicant in pre-trial detention; and *Hassan and Others v. France*, nos. 46695/10 and 54588/10, § 89, 4 December 2014, in which the applicants had already been detained for long periods before being taken into police custody).

(ii) *Automatic nature of the review*

79. The review must be automatic and not depend on the application of the detained person; in this respect it must be distinguished from Article 5 § 4, which gives a detained person the right to apply for release. The automatic nature of the review is necessary to fulfil the purpose of that paragraph, as a person subjected to ill-treatment might be incapable of lodging an application asking for a judge to review their detention; the same might also be true of other vulnerable categories of arrested persons, such as the mentally frail or those who do not speak the language of the judicial officer (see *Aquilina*, cited above, § 49).

(iii) *The characteristics and powers of the judicial officer*

80. Since Article 5 § 1 (c) forms a whole with Article 5 § 3, “competent legal authority” in paragraph 1 (c) is a synonym, of abbreviated form, for “judge or other officer authorised by law to exercise judicial power” in paragraph 3 (see, among other authorities, *Lawless v. Ireland (no. 3)*, 1 July 1961, p. 27, Series A no. 3, and *Schiesser*, cited above, § 29).

81. The judicial officer must offer the requisite guarantees of independence from the executive and the parties, which precludes his or her subsequent intervention in criminal proceedings on behalf of the prosecuting authority, and he or she must have the power to order release, after hearing the individual and reviewing the lawfulness of, and justification for, the arrest and detention (see, among many other authorities, *Assenov and Others v. Bulgaria*, 28 October 1998, §§ 146 and 149, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII). As regards the scope of that review, the formulation which has been the basis of the Court’s long-established case-law dates back to the early *Schiesser* case (cited above, § 31):

“In addition, under Article 5 § 3, there is both a procedural and a substantive requirement. The procedural requirement places the ‘officer’ under the obligation of hearing himself the individual brought before him ...; the substantive requirement imposes on him the obligations of reviewing the circumstances militating for or against

detention, of deciding, by reference to legal criteria, whether there are reasons to justify detention and of ordering release if there are no such reasons ...”

82. In other words, “Article 5 § 3 requires the judicial officer to consider the merits of the detention” (see *T.W. v. Malta*, § 41, and *Aquilina*, § 47, both cited above).

83. The initial automatic review of arrest and detention accordingly must be capable of examining lawfulness issues and whether or not there is a reasonable suspicion that the arrested person has committed an offence; in other words, whether detention falls within the permitted exceptions set out in Article 5 § 1 (c). When the detention does not, or is unlawful, the judicial officer must then have the power to release (see *McKay*, cited above, § 40).

84. However, an examination of the relevant case-law gives no ground for concluding that the review must, as a matter of automatic obligation, cover the release of the applicant pending trial, with or without conditions, for reasons aside from the lawfulness of the detention or the existence of reasonable suspicion that the applicant has committed a criminal offence. There is nothing therefore to suggest that, when referring in *Schiesser*, cited above, to “the circumstances militating for or against detention”, the Court was doing more than indicating that the judicial officer had to have the power to review the lawfulness of the arrest and detention under domestic law and its compliance with the requirements of Article 5 § 1 (c) (see *McKay*, cited above, § 36).

85. The Court has noted on several occasions that the investigation of terrorist offences undoubtedly presents the authorities with special problems (see *Brogan and Others*, cited above, § 61; *Murray v. the United Kingdom*, 28 October 1994, § 58, Series A no. 300-A; and *Aksoy v. Turkey*, 18 December 1996, § 78, *Reports* 1996-VI). In *Brogan and Others* (cited above, § 61), the Court specifically acknowledged that “[t]he difficulties ... of judicial control over decisions to arrest and detain suspected terrorists may affect the manner of implementation of Article 5 § 3, for example in calling for appropriate procedural precautions in view of the nature of the suspected offences”. This does not mean, however, that the investigating authorities have “carte blanche” under Article 5 to arrest suspects for questioning, free from effective control by the domestic courts and, ultimately, by the Convention supervisory institutions, whenever they choose to assert that terrorism is involved (see *Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99, § 104, ECHR 2005-IV).

(iv) *The pre-trial or remand period*

86. The presumption is in favour of release. As established in *Neumeister v. Austria* (27 June 1968, p. 37, § 4, Series A no. 8), the second limb of

Article 5 § 3 does not give judicial authorities a choice between either bringing an accused to trial within a reasonable time or granting him or her provisional release pending trial. Until conviction, he or she must be presumed innocent, and the purpose of the provision under consideration is essentially to require his or her provisional release once his or her continuing detention ceases to be reasonable.

87. Continued detention therefore can be justified in a given case only if there are specific indications of a genuine requirement of public interest which, notwithstanding the presumption of innocence, outweighs the rule of respect for individual liberty laid down in Article 5 of the Convention (see, among other authorities, *Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, §§ 110 et seq., ECHR 2000-XI).

88. The persistence of reasonable suspicion that the person arrested has committed an offence is a condition *sine qua non* for the lawfulness of the continued detention, but with the lapse of time this will no longer be enough to justify continued detention. The Court has not attempted to translate this concept into a fixed number of days, weeks, months or years, or into various periods depending on the seriousness of the offence (see *Stögmüller v. Austria*, 10 November 1969, p. 39, § 4, Series A no. 9). Once the existence of “reasonable suspicion” is no longer enough, the Court must establish whether the other grounds given by the judicial authorities continued to justify the deprivation of liberty. In particular, they must determine whether such grounds were “relevant” and “sufficient”, and whether the national authorities displayed “special diligence” in the conduct of the proceedings (see, among other authorities, *Letellier v. France*, 26 June 1991, § 35, Series A no. 207, and *Yağcı and Sargın v. Turkey*, 8 June 1995, § 50, Series A no. 319-A).

89. The Court’s case-law has not yet had occasion to consider the very early stage of pre-trial detention in this context, presumably as, in the great majority of cases, the existence of suspicion provides a sufficient ground for detention and any unavailability of bail has not been seriously challengeable. It is not in doubt, however, that there must exist the opportunity for judicial consideration of release pending trial as even at this stage there will be cases where the nature of the offence or the personal circumstances of the suspected offender are such as to render detention unreasonable, or unsupported by relevant or sufficient grounds. There is no express requirement of “promptness” as in the first sentence of paragraph 3 of Article 5. However, such consideration, whether on application by the applicant or by the judge of his or her own motion, must take place with due expedition, in order to keep any unjustified deprivation of liberty to an acceptable minimum (see *McKay*, cited above, § 46).

90. In order to ensure that the right guaranteed is practical and effective, not theoretical and illusory, it is not only good practice, but highly desirable in order to minimise delay, that the judicial officer who conducts the first automatic review of lawfulness and the existence of a ground for detention also has the competence to consider release on bail. It is not, however, a requirement of the Convention and there is no reason in principle why the issues cannot be dealt with by two judicial officers, within the requisite time frame. In any event, as a matter of interpretation, it cannot be required that the examination of bail take place with any more speed than is demanded of the first automatic review, which the Court has identified as being a maximum of four days (see *Brogan and Others*, cited above).

**(b) Application of the general principles to the present case**

*(i) Were the applicants brought promptly before a judge or other judicial officer satisfying the requirements of Article 5 § 3 of the Convention?*

91. Although, as noted above (see paragraph 80), the “competent legal authority” in paragraph 1 (c) of Article 5 § 3 is to be taken as a synonym of the “judge or other officer authorised by law to exercise judicial power” in paragraph 3, it does not follow that the judicial bodies carrying out the various judicial functions contemplated by the two provisions must necessarily be identical. On the contrary, in its case-law the Court has repeatedly stressed that the specific purpose of the first limb of Article 5 § 3 is limited to ensuring that a detained person is brought promptly before a judicial authority with the power to assess the lawfulness of the arrest, to review the merits of the detention, and to order release if continued detention would be unlawful. Where this is the case, the Court has found the requirements imposed by this first part of Article 5 § 3 to be satisfied. Accordingly, it considers that the correct question in the present case is not whether the applicants should have been brought before the Magistrates’ Court, the judicial authority in Northern Ireland before which an accused is to be produced on a first appearance following a criminal charge, but whether they were in fact brought before a judge or other officer satisfying the requirements of the first limb of Article 5 § 3 of the Convention in relation to an initial deprivation of liberty of the kind covered by Article 5 § 1 (c).

92. Before addressing this question, the Court observes that during their detention the applicants were brought twice before a specially designated County Court Judge: forty-eight hours after their arrest, when the DPP made applications for warrants of further detention under paragraph 29 of Schedule 8, and five days later, when the DPP made applications under paragraph 36 of Schedule 8 for extensions to those warrants (see

paragraphs 6-8 and 33 above). Although it was the paragraph 36 order which the applicants subsequently challenged by way of judicial review, the High Court held that paragraph 32, which sets out the grounds for granting a warrant of further detention, had to be interpreted in conformity with Article 5 § 3 of the Convention (see paragraphs 19 and 21 above). The Court will therefore proceed on the basis that there is no difference in the competency of the judge under paragraph 29 and the judge under paragraph 36.

93. With regard to the requirement of “promptness”, the Court notes that in the present case the applicants were adults who were brought before a judge within forty-eight hours of their arrest on suspicion of having committed a serious terrorism-related crime. Bearing in mind the principles set out at paragraphs 77 and 78 above, the Court accepts that they were brought “promptly” before the judge.

94. The second requirement of Article 5 § 3 is that the first appearance of the detained person before the judicial officer should be automatic. In the present case the applicants have not sought to argue the contrary. Police officers were required by paragraph 29 of Schedule 8 to the 2000 Act to apply to the County Court Judge to extend the initial period of detention beyond forty-eight hours (see paragraph 32 above); the applicants could not, therefore, have been detained any longer than forty-eight hours without first appearing before a judge.

95. Thirdly, the Court has repeatedly held that the judicial officer in Article 5 § 3 of the Convention must offer the requisite guarantees of independence from the executive and the parties; he or she must be able to review the lawfulness of, and justification for, the arrest and detention (to include a review of the circumstances militating for or against detention in order to decide whether there were reasons to justify detention); and, if there were insufficient reasons to justify detention, he or she must have the power to order release.

96. It is common ground that the County Court Judge was independent. Therefore, the two principal questions for the Court to address are, firstly, whether she had adequate jurisdiction to review the lawfulness of the applicants’ detention; and, secondly, whether she had the necessary power to order their release.

97. Although the High Court held that paragraph 32 had to be interpreted in conformity with Article 5 § 3 (see paragraphs 19 and 21 above), the applicants take issue with its subsequent suggestion that a review of the lawfulness of the arrest need not involve a detailed analysis of the basis for the decision to arrest and should reflect the constraints that necessarily apply in many arrests for terrorist offences.

98. The Court observes that the guidance given by the High Court was given in the abstract and, as such, it has not had the benefit of seeing how it would be applied by the domestic courts in practice. Nevertheless, in principle, the Court sees nothing in the ruling of the High Court which contradicts its own jurisprudence. In particular, it notes that in previous cases it has stopped short of defining the exact content and/or form of analysis required by Article 5 § 3; rather, it has simply stated that the judicial officer must be able to review the lawfulness of, and the justification for, the arrest and detention, review the circumstances militating for or against detention, including the existence of reasonable suspicion, and decide whether there are reasons justifying detention. Moreover, as noted above (see paragraph 85), while it has stated that the authorities do not have “carte blanche” when investigating terrorist offences, it has specifically acknowledged the special problems that the investigation of such offences often present to the authorities. Therefore, on the evidence before it, the Court cannot agree with the applicants that the review foreseen by the High Court as being inherent in the impugned legislation would necessarily fall short of the standard required by Article 5 § 3 of the Convention.

99. In the present case the High Court, while quashing the County Court Judge’s extensions of the detention on account of her failure to address the initial lawfulness of the arrest, was satisfied that the County Court Judge had not failed to have regard to the need for detention as the basis for the grant of the warrant and that her decision was adequately reasoned (see paragraphs 19-20 above).

100. With regard to the question of whether the County Court Judge had the power to order release in the event of an unlawful arrest or detention, the Court recalls that, while there is no such express power stated in the 2000 Act, in the present case the High Court accepted that since the provisions of that Act had to be read in conformity with the requirements of Article 5 § 3 of the Convention, the County Court Judge must have power to order release if there was no lawful basis for the initial arrest or continued detention (see paragraphs 19 and 21 above). In addition, it notes that where a warrant (or a further warrant) is either not sought or not granted, the person must be released as there is no longer any legal basis for continued detention.

101. The applicants have suggested that the County Court Judge should also have had the power to order conditional release. However, as noted at paragraph 84 above, there is no support in the Court’s case-law for the applicants’ assertion that the judicial authority conducting the first review of the deprivation of liberty should have had power to order conditional release. The Court stated in *McKay* (cited above, § 47) that it would be

“highly desirable” for the judicial officer conducting the first automatic review of lawfulness to also have competence to consider release on bail for reasons other than the lawfulness of the detention or the existence of a reasonable suspicion that the applicant had committed a criminal offence, but stressed that this was not a requirement of the Convention and there was no reason in principle why the issues could not be dealt with by two judicial officers.

(ii) *Should there have been a possibility of conditional release during the period of the applicants’ detention?*

102. Following the first review of their detention the applicants remained in police custody for a further ten days. Although they were brought for a second time before a County Court Judge after they had been in detention for seven days, it is accepted that at no time during their detention were they brought before a judge with the power to order conditional release. The applicants have therefore complained that in so far as the scheme under Schedule 8 to the 2000 Act permitted their detention for a maximum period of twenty-eight days without charge, during which no consideration had to be given to their conditional release, it was not compatible with Article 5 § 3 of the Convention.

103. The Court cannot consider the scheme under Schedule 8 *in abstracto*; rather, it must confine itself to the facts of the case before it. Therefore, although the applicants could have been detained for a maximum of twenty-eight days, it cannot overlook the fact that in the present case they were released after twelve days. Moreover, it does not consider the absence of any eventual charge to be material; nothing in Article 5 § 3 suggests that detainees must be charged with a criminal offence in order for their detention to be compatible with that provision (see *Brogan and Others*, cited above, § 53).

104. As noted at paragraph 75 above, Article 5 § 3 is structurally concerned with two separate matters which confer distinct rights and which are not temporally linked: the early stages following an arrest on suspicion of having committed a criminal offence, and the period pending any trial before a criminal court, during which the individual may be detained or released with or without conditions (see *T.W. v. Malta*, § 49; *McKay*, § 31; and *Medvedyev and Others*, § 119, all cited above). During the initial stage under the first limb of Article 5 § 3, the detainee’s detention may be justified by the existence, on its own, of a “reasonable suspicion” that he had committed a criminal offence. However, the persistence of suspicion will not suffice to justify, after a certain lapse of time, the prolongation of the detention, although the Court has not attempted to translate this concept

into a fixed number of days, weeks, months or years, or into various periods depending on the seriousness of the offence (see *Stögmüller*, cited above, p. 39, § 4). It therefore falls to the Court in the present case to decide whether the applicants were at all times detained under the first limb of Article 5 § 3, or whether at some point their continued detention could no longer be justified by the existence of “reasonable suspicion”.

105. In the present case the applicants were detained for twelve days, which was a relatively short period of time. As such, the Court considers that they were at all times in “the early stages” of the deprivation of liberty, when their detention could be justified by the existence of a reasonable suspicion that they had committed a criminal offence; it was not, therefore, necessary that any consideration be given to their conditional release during this period.

106. In any case, the Court notes that during the period of their detention there were a number of safeguards in place to protect the applicants against arbitrary detention. Firstly, under the Schedule 8 scheme the judge could only extend detention for a maximum of seven days and the overall period could not exceed twenty-eight days. Before granting any extension the judge had to be satisfied that there were reasonable grounds for believing that further detention was necessary and that the investigation was being conducted diligently and expeditiously (see paragraph 36 above). Furthermore, following the ruling of the High Court, the judge also had to be satisfied that the arrest was lawful and consider the merits of detention. Although in certain cases detainees and/or their representatives could be excluded from the hearings, in the present case the first applicant gave evidence on oath during the first review and arguments from both applicants were heard during the second reviews (see paragraph 8 above). Finally, the applicants were able to challenge their continued detention by way of judicial review.

107. Stricter safeguards were in place for any extension that would prolong detention beyond fourteen days; however, that was not necessary in the present case as the applicants were released after twelve days.

108. In light of the factors set out above, the Court does not consider that the absence of a possibility of conditional release during the period of the applicants’ deprivation of liberty gave rise to any issues under Article 5 § 3 of the Convention.

*(iii) Conclusion*

109. The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that the applicants’ detention under Schedule 8 to the 2000 Act did not breach Article 5 § 3 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,

1. *Joins* the applications nos. 26289/12 and 29891/12 lodged respectively by the first and third applicants;

...

5. *Holds* that there has been no violation of Article 5 § 3 of the Convention.

Done in English, and notified in writing on 12 May 2015, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Françoise Elens-Passos  
Registrar

Päivi Hirvelä  
President



MAGEE ET AUTRES c. ROYAUME-UNI  
*(Requêtes n<sup>os</sup> 26289/12 et 2 autres)*

QUATRIÈME SECTION

ARRÊT DU 12 MAI 2015<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais. Extraits.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Impossibilité pour le juge d'examiner la question de la libération conditionnelle aux premiers stades de la détention**

Il n'y a pas lieu de conclure que le contrôle initial automatique de l'arrestation et de la détention imposé par l'article 5 § 3 de la Convention doit systématiquement prévoir l'élargissement de la personne arrêtée en instance de jugement, sous condition ou non, pour des raisons autres que celles de la légalité de la détention ou l'existence de raisons plausibles de soupçonner que l'intéressé a commis une infraction pénale (paragraphe 84 de l'arrêt).

**Article 5 § 3**

*Privation de liberté – Prompte traduction devant un juge ou un autre magistrat – Impossibilité pour le juge d'examiner la question de la libération conditionnelle aux premiers stades de la détention – Existence ou non d'une obligation faite par l'article 5 § 3 de prévoir la libération conditionnelle au cours du contrôle automatique initial de la légalité – Garanties contre la détention arbitraire*

\*

\* \*

*En fait*

Les requérants furent arrêtés parce qu'ils étaient soupçonnés d'être impliqués dans le meurtre d'un policier. Ils furent traduits, quarante-huit heures après, devant un juge de la *County Court* qui contrôla la légalité de leur détention et autorisa leur maintien en garde à vue pendant cinq jours, aux fins de la poursuite de leur interrogatoire et d'examen criminalistiques. Plus tard, leur détention fut prolongée, les requérants ayant finalement été élargis au bout de douze jours, sans avoir été inculpés.

L'annexe 8 à la loi de 2000 sur le terrorisme d'Irlande du Nord autorisait le maintien en détention sans inculpation jusqu'à vingt-huit jours. La légalité de cette détention devait être contrôlée par le juge compétent dans les quarante-huit heures, puis tous les sept jours. Si le juge avait le pouvoir de prononcer l'élargissement en cas d'illégalité de l'arrestation ou de la garde à vue, il ne pouvait pas accorder la libération conditionnelle.

---

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

*En droit*

Article 5 § 3 : du fait de son économie, l'article 5 § 3 comporte deux volets distincts : les premiers stades faisant suite à une arrestation, lorsqu'une personne se trouve aux mains des autorités, et la période avant le procès éventuel devant une juridiction pénale, pendant laquelle le suspect peut être détenu ou libéré, avec ou sans condition. Ces deux volets confèrent des droits distincts et n'ont apparemment aucun lien logique ou temporel.

Pour ce qui est du premier volet, la jurisprudence de la Cour dit qu'il faut protéger par un contrôle juridictionnel la personne arrêtée ou détenue « lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'[elle] a commis une infraction [pénale] », c'est-à-dire avant même qu'une quelconque inculpation ait pu être formulée. Un tel contrôle judiciaire doit être prompt, automatique (en ce qu'il ne peut être rendu tributaire d'une demande formée par le détenu) et opéré par un juge ou un autre magistrat indépendant habilité à accorder l'élargissement après avoir entendu l'intéressé et contrôlé la légalité ainsi que la justification de l'arrestation et de la détention. La Cour estime que ces conditions ont été satisfaites s'agissant des requérants et examine ensuite s'il aurait dû exister une possibilité de libération conditionnelle au cours de leur détention. Elle constate que, bien que les requérants aient été traduits à deux reprises devant un juge de la *County Court* alors qu'ils se trouvaient en garde à vue, à aucun moment ils n'ont été conduits devant un juge ayant le pouvoir d'ordonner la libération conditionnelle. Elle relève cependant qu'ils ont été détenus pendant une durée relativement brève (douze jours) et en étaient aux « premiers stades » de leur privation de liberté, et que leur détention pouvait se justifier par l'existence de raisons plausibles de soupçonner qu'ils avaient commis une infraction pénale. Rien dans la jurisprudence de la Cour relative à l'article 5 § 3 n'impose de tenir le moindre compte également de l'éventualité de leur libération conditionnelle pendant cette période.

En tout état de cause, un certain nombre de garanties étaient en place pour protéger les requérants d'une détention arbitraire : le juge ne pouvait prononcer le maintien en garde à vue que pour sept jours au maximum et la durée totale de celle-ci ne pouvait dépasser vingt-huit jours ; il ne pouvait en décider la prolongation que s'il était convaincu qu'il y avait des motifs légitimes de penser que la détention était nécessaire et que l'enquête était conduite avec diligence et célérité ; il devait également être convaincu que l'arrestation était légale et que la détention était fondée ; le premier requérant a témoigné sous serment dans le cadre du premier contrôle et les deux requérants ont été entendus en leurs arguments au cours des seconds contrôles ; enfin, les requérants ont pu contester leur maintien en garde à vue par voie de contrôle judiciaire.

Au vu des éléments ci-dessus, l'absence de possibilité de libération sous condition pendant la période de privation de liberté des requérants n'a posé aucun problème au regard de l'article 5 § 3 de la Convention.

*Conclusion* : non-violation (unanimité).

**Jurisprudence citée par la Cour**

- Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI  
*Aquilina c. Malte* [GC], n° 25642/94, CEDH 1999-III  
*Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII  
*Belousov c. Ukraine*, n° 4494/07, 7 novembre 2013  
*Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, 26 mai 1993, série A n° 258-B  
*Brogan et autres c. Royaume-Uni*, 29 novembre 1988, série A n° 145-B  
*Dikme c. Turquie*, n° 20869/92, CEDH 2000-VIII  
*Hassan et autres c. France*, n°s 46695/10 et 54588/10, 4 décembre 2014  
*İpek et autres c. Turquie*, n°s 17019/02 et 30070/02, 3 février 2009  
*Kandjov c. Bulgarie*, n° 68294/01, 6 novembre 2008  
*Kudła c. Pologne* [GC], n° 30210/96, CEDH 2000-XI  
*Lawless c. Irlande (n° 3)*, 1<sup>er</sup> juillet 1961, série A n° 3  
*Letellier c. France*, 26 juin 1991, série A n° 207  
*Margaretić c. Croatie*, n° 16115/13, 5 juin 2014  
*McKay c. Royaume-Uni* [GC], n° 543/03, CEDH 2006-X  
*Medvedyev et autres c. France* [GC], n° 3394/03, CEDH 2010  
*Murray c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1994, série A n° 300-A  
*Neumeister c. Autriche*, 27 juin 1968, série A n° 8  
*Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, CEDH 2005-IV  
*Schiesser c. Suisse*, 4 décembre 1979, série A n° 34  
*Stögmüller c. Autriche*, 10 novembre 1969, série A n° 9  
*T.W. c. Malte* [GC], n° 25644/94, 29 avril 1999  
*Yağcı et Sargin c. Turquie*, 8 juin 1995, série A n° 319-A



**En l'affaire Magee et autres c. Royaume-Uni,**

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

Päivi Hirvelä, *présidente*,  
George Nicolaou,  
Ledi Bianku,  
Nona Tsotsoria,  
Paul Mahoney,  
Krzysztof Wojtyczek,  
Faris Vehabović, *juges*,

et de Françoise Elens-Passos, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 14 avril 2015,

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

**PROCÉDURE**

1. À l'origine de l'affaire se trouvent trois requêtes (n<sup>os</sup> 26289/12, 29062/12 et 29891/12) dirigées contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont trois ressortissants irlandais, M. Gabriel Magee, M. Colin Francis Duffy et M<sup>me</sup> Teresa Magee (« les requérants »), ont saisi la Cour le 1<sup>er</sup> mai, le 14 mai et le 10 mai 2012, respectivement, en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les premier et deuxième requérants ont été représentés par KRW Law-LLP, un cabinet de *solicitors* à Belfast. La troisième requérante a été représentée par M<sup>e</sup> P. Moriarty, du cabinet O'Connor & Moriarty Solicitors, basé à Lurgan. Le gouvernement britannique (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M<sup>me</sup> M. Addis, du *Foreign and Commonwealth Office*.

3. Le 24 septembre 2012, les requêtes des premier et deuxième requérants ont été communiquées au Gouvernement. Celle de la troisième requérante a été communiquée au Gouvernement le 7 novembre 2012. Tant les requérants que le Gouvernement ont produit des observations sur la recevabilité et sur le fond de la requête (article 59 § 1 du règlement).

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

4. Le premier requérant est né en 1972 et habite à Craigavon. Le deuxième requérant est né en 1967 et habite à Lurgan. La troisième requérante est née en 1978 et habite à Craigavon.

### A. Les premier et troisième requérants

5. Le 14 mars 2009, les premier et troisième requérants furent arrêtés en vertu de l'article 41 de la loi de 2000 sur le terrorisme (« la loi de 2000 ») parce qu'ils étaient soupçonnés d'être impliqués dans le meurtre d'un policier commis le 9 mars 2009. Ils furent placés en garde à vue au commissariat d'Antrim le même jour. Le premier requérant fut interrogé deux fois le 15 mars 2009 et une fois le 16 mars 2009 ; la troisième requérante fut interrogée trois fois le 15 mars 2009 et une fois le 16 mars 2009.

6. Le 16 mars 2009, sur le fondement du paragraphe 29 de l'annexe 8 à la loi de 2000, le *Director of Public Prosecutions* (« le DPP ») pria la *County Court* de délivrer des mandats de maintien en garde à vue (*warrants of further detention*) pour chacun des deux requérants de manière à conduire des interrogatoires et des examens criminalistiques. À l'audience, le premier requérant témoigna sous serment. À l'issue de l'audience, la juge de la *County Court* délivra des mandats autorisant leur maintien en garde à vue pendant cinq jours.

7. Au cours des cinq jours suivants, les requérants furent chacun interrogés à douze reprises.

8. Le 21 mars 2009, sur le fondement du paragraphe 36 de l'annexe 8 à la loi de 2000, le DPP pria la *County Court* de prolonger de sept jours la durée des mandats de maintien en garde à vue. Ces prolongations étaient censées permettre la poursuite de l'interrogatoire des requérants une fois recueillis les résultats d'examens criminalistiques complémentaires. Lors d'audiences distinctes conduites le 22 mars 2009, un commissaire de police (*superintendent*) témoigna, sous serment, de la nécessité des prolongations et des arguments furent présentés pour le compte des premier et troisième requérants.

9. À l'issue des audiences, la juge Philpott QC rendit un jugement par écrit à l'égard du premier requérant et une décision *ex tempore* à l'égard de la troisième requérante. Elle fit droit aux deux demandes, autorisant le maintien en garde à vue du premier requérant jusqu'au 28 mars 2009 à 7 h 20 et le maintien en garde à vue de la troisième requérante jusqu'au 28 mars 2009 à 5 h 52. Dans son raisonnement, elle releva que les preuves criminalistiques en question étaient essentielles à l'enquête et que celle-ci était conduite avec diligence et célérité.

10. Dans son jugement et sa décision, la juge Philpott rechercha si la loi de 2000 ou l'article 5 de la Convention donnait à la juridiction appelée à accorder ou non le maintien en garde à vue un pouvoir exprès ou implicite d'examiner la régularité de l'arrestation ou d'octroyer la libération conditionnelle. Elle conclut par la négative, au motif que cette loi n'habilitait le

juge qu'à statuer sur la nécessité du maintien en garde à vue. Selon elle, son contrôle se limitait donc à la question de savoir s'il était nécessaire ou non de prolonger la garde à vue au-delà de quarante-huit heures pour les besoins de l'enquête, et toute question tenant à la régularité de l'arrestation devait être tranchée devant la *High Court* par le biais d'un recours soit en *habeas corpus* soit en contrôle juridictionnel (*judicial review*).

(...)

### C. Jonction des instances

17. Les requérants demandèrent l'autorisation de former un recours en contrôle juridictionnel contre les décisions des 21 et 22 mars 2009 par lesquelles la juge Philpott avait autorisé la prolongation des mandats de maintien en garde à vue les concernant. Ils soutenaient, premièrement, que la juge avait conclu à tort qu'une juridiction appelée à statuer sur l'octroi ou non d'un maintien en garde à vue ne pouvait pas examiner la régularité de l'arrestation. Deuxièmement, ils estimaient que la juge n'avait pas recherché si leurs gardes à vue s'imposaient en attendant les résultats des examens criminalistiques. Troisièmement, ils plaidaient que la juge n'avait pas motivé ses décisions estimant justifiées les gardes à vue. Quatrièmement, enfin, l'annexe 8 à la loi de 2000 était selon eux incompatible avec l'article 5 de la Convention.

18. Le 24 mars 2009, la *High Court* d'Irlande du Nord autorisa le recours en contrôle juridictionnel et examina celui-ci le 25 mars 2009.

19. Sur le premier moyen soulevé par les requérants, la *High Court* jugea que les paragraphes 5 et 32 de l'annexe 8 à la loi de 2000 devaient être interprétés en conformité avec les exigences de l'article 5 § 3 de la Convention telles que découlant de la jurisprudence de la Cour. Ainsi, l'examen de la régularité de la garde à vue devait selon elle inclure celui du fondement de l'arrestation, faute de quoi une personne pouvait être détenue en vertu de la loi de 2000 pendant une durée pouvant aller jusqu'à vingt-huit jours sans que le juge ne puisse exercer le moindre contrôle sur la régularité de l'arrestation initiale, ce qui ne pouvait être conforme à la Convention. La *High Court* en conclut que c'était à tort que la juge Philpott s'était refusée à exercer un quelconque contrôle sur la légalité de l'arrestation des requérants, et elle annula en conséquence la décision prise par celle-ci d'accorder la prolongation des gardes à vue. Elle reconnut toutefois qu'un examen de la régularité de l'arrestation n'avait pas à comporter une analyse détaillée du fondement de la décision d'arrestation et devait tenir compte des contraintes pesant nécessairement sur bon nombre d'arrestations pour des infractions en matière de terrorisme.

20. Sur les deuxième et troisième moyens, la *High Court* estima que, bien qu'elle ne se fût pas attachée à rechercher directement si les requérants devaient être incarcérés et non remis en liberté en attendant le résultat des examens criminalistiques qui restaient à pratiquer, la juge avait bel et bien tenu compte de ce que la nécessité de la garde à vue justifiait la délivrance des mandats. Elle ajouta que, quoique sibyllins, les motifs exposés par la juge suffisaient à indiquer aux requérants sur quoi reposait la décision.

21. L'examen du quatrième moyen des requérants, c'est-à-dire celui tiré d'une incompatibilité de la loi de 2000 avec l'article 5 de la Convention, fut ajourné. Par un jugement rendu le 24 février 2011, la *High Court* d'Irlande du Nord estima dépourvue de fondement la conclusion selon laquelle l'annexe 8 était incompatible avec l'article 5 de la Convention. Elle dit en particulier que, s'il ne faisait aucun doute que l'« autorité judiciaire compétente » visée à l'article 5 § 1 c) était l'autorité compétente en matière pénale (le *magistrate* – juge non professionnel – au Royaume-Uni), la Cour, dans ses arrêts *Schiesser c. Suisse* (4 décembre 1979, § 29, série A n° 34) et *McKay c. Royaume-Uni* ([GC], n° 543/03, CEDH 2006-X), avait bien précisé que la fonction de « juge ou (...) autre magistrat habilité » au sens de l'article 5 § 3 de la Convention pouvait être assumée par un agent autorisé par la loi à exercer un pouvoir judiciaire et n'avait pas forcément à l'être par une personne habilitée à statuer sur toute éventuelle accusation en matière pénale. Elle exposa que, si la loi de 2000 ne prévoyait pas expressément le pouvoir d'élargissement requis par l'article 5 § 3, un tel pouvoir était implicite. Elle vit également une condition de proportionnalité dans le paragraphe 32 de l'annexe 8 à la loi de 2000, en ce qu'il imposait d'établir l'existence de motifs légitimes de penser que le maintien en garde à vue de l'intéressé était nécessaire. Elle constata qu'aucune règle du dispositif légal ne prévoyait la libération conditionnelle et que, si cette question n'était pas pertinente en l'espèce, il y aurait lieu de la trancher dans toute affaire future où elle se poserait. Elle jugea que, si le paragraphe 33(3) de l'annexe 8 permettait à l'instance juridictionnelle d'interdire au demandeur ou à toute personne représentant celui-ci de prendre une quelconque part à l'audience et si le paragraphe 34 autorisait la non-divulgaration d'informations au demandeur ou à toute personne le représentant, les tribunaux disposaient d'une gamme de moyens qui leur permettaient de préserver dans la mesure du nécessaire la procédure contradictoire et l'égalité des armes. Elle estima enfin qu'aucun précédent faisant autorité ne permettait d'étayer la thèse des requérants selon laquelle l'article 5 exigeait que toute personne en garde à vue fût inculpée bien avant l'expiration du délai de vingt-huit jours fixé dans la loi de 2000.

22. Le 4 avril 2011, la *High Court* d'Irlande du Nord certifia qu'elle était convaincue que la décision du 24 février 2011 soulevait les points suivants d'importance générale pour le public :

« a) Les paragraphes 29(3) et 36(3)b de la partie III de l'annexe 8 à la loi de 2000 (« la loi »), qui permettent le maintien en garde à vue pendant plus de quatre jours sont-ils compatibles avec les droits du demandeur garantis par l'article 5 §§ 1 c), 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (« la Convention »)

1) si le respect de l'article 5 § 3 de la Convention ne peut être assuré qu'en faisant traduire un détenu devant une autorité judiciaire i) autre que la *Magistrates' Court* et ii) sans qu'aucune charge n'ait été retenue contre lui ;

2) si les paragraphes 1 c) et 3 de l'article 5 de la Convention doivent être interprétés conjointement comme étant des dispositions liées et comme créant un dispositif imposant que le « juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » visé à l'article 5 § 3 et l'« autorité judiciaire compétente » visée à l'article 5 § 1 c) soient une seule et même instance ;

3) si l'« autorité judiciaire » visée à l'annexe 8 de la loi est le « juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » visé à l'article 5 § 3 de la Convention ;

4) si les paragraphes 1 c) et 3 de l'article 5 de la Convention ne peuvent être interprétés d'une manière qui permettrait la garde à vue d'un suspect sans inculpation pendant toute la durée fixée par le Parlement, sous la seule réserve de l'obligation de l'approbation judiciaire périodique du type précisé à l'article 8 de la loi ;

b) L'absence de pouvoir permettant d'accorder la libération conditionnelle rend-elle incompatible avec l'article 5 de la Convention le régime du maintien en garde à vue énoncé dans la partie III de l'annexe 8 à la loi ; et

c) La procédure d'octroi de l'autorisation d'un maintien en garde à vue, lorsque le suspect et son représentant en justice ont été exclus par le juge pendant une partie de l'audience (comme le permet le paragraphe 33(3) de l'annexe 8) et que des informations communiquées au juge ne le sont pas au suspect et à son représentant en justice (annexe 8, paragraphe 34(1) et (2)(f)), est-elle incompatible avec l'exigence de procès contradictoire telle que posée par l'article 5 à la lumière de l'arrêt *Secretary of State for the Home Department v. AF (FC) & Anor* [2010] 2 AC 269.»

23. Cependant, la *High Court* refusa l'autorisation de saisir la Cour suprême.

24. Le 14 novembre 2011, la Cour suprême refusa de connaître de l'affaire au motif que les demandes ne soulevaient aucun point de droit défendable d'intérêt général.

### D. L'élargissement des requérants

25. Le 25 mars 2009, les requérants furent libérés sans qu'aucune charge ne fût retenue contre eux. Par la suite, les premier et troisième requérants ne furent inculpés d'aucune infraction en rapport avec le meurtre du policier.

26. Le second requérant fut aussitôt arrêté de nouveau et interrogé les deux jours suivants. Le 27 mars 2009, il fut inculpé du meurtre des deux soldats, de cinq tentatives de meurtre et de possession d'une arme à feu et de munitions. Ce même jour, il fut traduit devant un *District Judge* qui siégeait au sein de la *Magistrates' Court* de Larne. Sa demande en libération conditionnelle fut rejetée. À la suite d'audiences tenues les 6 et 23 novembre 2009, la *High Court* refusa la libération conditionnelle au motif qu'il existait un risque réel de récidive, l'intéressé étant soupçonné d'être associé à une organisation républicaine dissidente. Le 8 octobre 2010, elle y opposa une nouvelle fois son refus.

27. Le 7 novembre 2011, le second requérant passa en jugement devant un juge siégeant en l'absence d'un jury. Le 20 janvier 2012, il fut acquitté de tous les chefs retenus dans l'acte d'inculpation.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

### A. Les pouvoirs conférés par la loi de 2000 en matière d'arrestation et de garde à vue des personnes soupçonnées de terrorisme

28. L'article 40 de la loi de 2000 dit qu'un « terroriste » s'entend de toute personne ayant commis une infraction visée par les différentes dispositions de cette même loi ou impliquée dans la perpétration, la préparation ou l'instigation d'un acte de terrorisme.

29. L'article 41 § 1 de cette loi permet à tout policier d'arrêter sans mandat toute personne qu'il soupçonne raisonnablement d'être un terroriste.

30. La partie II de l'annexe 8 à cette loi régit la garde à vue de ces personnes pendant les premières quarante-huit heures.

31. L'article 41 § 3 de cette loi impose de libérer toute personne ainsi mise en garde à vue dans les quarante-huit heures à compter du moment de son arrestation, sous réserve des paragraphes 4 à 7 ci-dessous :

« 4. Si la garde à vue d'une personne prononcée sur le fondement de la partie II de l'annexe 8 fait l'objet d'un contrôle et si l'autorité chargée de celui-ci n'autorise pas le maintien en garde à vue, l'intéressé (sauf s'il est détenu en vertu des paragraphes 5 ou 6 ou sur tout autre fondement) doit être libéré.

5. Lorsqu'un policier entend solliciter, en vertu du paragraphe 29 de l'annexe 8, un mandat de maintien en garde à vue, l'intéressé peut rester incarcéré pendant l'examen de la demande.

6. Lorsqu'une demande est formulée en vertu des paragraphes 29 ou 36 de l'annexe 8 concernant la garde à vue d'une personne, celle-ci peut être détenue tant qu'il n'aura pas été statué sur cette demande.

7. Lorsqu'est accueillie une demande formulée en vertu des paragraphes 29 ou 36 de l'annexe 8 concernant la garde à vue d'une personne, celle-ci peut être incarcérée, sous réserve du paragraphe 37 de ladite annexe, pendant la durée indiquée dans le mandat. »

32. Le paragraphe 29 de l'annexe 8 à la loi de 2000 dispose que le DPP d'Irlande du Nord peut demander à une autorité judiciaire la délivrance d'un mandat de maintien en garde à vue. Aux termes de son alinéa 3, la durée du maintien est de sept jours à compter de l'heure de l'arrestation au sens de l'article 41 de la loi de 2000 sauf si une durée plus brève est indiquée dans la demande ou si l'autorité judiciaire est convaincue que, au vu des circonstances, il serait inopportun que la durée spécifiée soit de sept jours.

33. En Irlande du Nord, l'autorité judiciaire visée par la loi de 2000 est un juge de *County Court* ou un *District Judge (Magistrates' Court)* désigné aux fins de l'application de ce texte.

34. Aux termes du paragraphe 30 de l'annexe 8, le mandat en question doit être demandé pendant la période de garde à vue initiale ou dans les six heures à compter du terme de cette période.

35. Le paragraphe 31 prévoit qu'une demande de mandat ne peut être examinée tant que l'intéressé n'aura pas reçu une notification indiquant l'introduction de ladite demande, la date et l'heure de son introduction, la date et l'heure auxquelles elle sera examinée et les motifs pour lesquels le maintien est sollicité.

36. Le paragraphe 32(1) dispose que l'autorité judiciaire ne peut délivrer un mandat de maintien en garde à vue que si elle est convaincue qu'il y a des motifs légitimes de penser que cette mesure est nécessaire et que l'enquête concernant l'intéressé est conduite avec diligence et célérité.

37. Le paragraphe 32(1A) dispose que la prolongation de la garde à vue s'impose s'il est nécessaire

« a) d'obtenir des preuves pertinentes en interrogeant l'intéressé ou par un autre moyen ;

b) de préserver des preuves pertinentes ; ou

c) dans l'attente du résultat d'un examen ou d'une analyse de toute preuve pertinente ou de tout élément qu'il faut examiner ou analyser afin d'obtenir des preuves pertinentes. »

38. Une preuve pertinente est une preuve qui se rattache à la perpétration d'une infraction visée à l'article 40 de la loi de 2000 ou un indice que la personne en garde à vue est une personne visée par cette disposition.

39. Le paragraphe 33 dispose que toute personne dont le maintien en garde à vue est demandé doit avoir la possibilité de présenter ses arguments oralement ou par écrit devant l'autorité judiciaire et d'être représentée à l'audience. Son alinéa 3 ajoute que l'autorité judiciaire peut exclure de l'audience l'intéressé ou toute personne qui le représenterait.

40. De la même manière, le paragraphe 34 permet au DPP de demander à l'autorité judiciaire d'ordonner que certains éléments d'information sur lesquels il entend s'appuyer ne soient pas communiqués à la personne dont le maintien en garde à vue est demandé ou à toute personne qui la représenterait. L'autorité judiciaire ne peut ordonner cette mesure que si elle est convaincue qu'il y a des motifs légitimes de penser que, si les informations venaient à être communiquées,

«a) la preuve d'une infraction visée par l'une quelconque des dispositions de l'article 40 § 1 a) serait compromise ou détruite,

b) le recouvrement d'un bien obtenu au moyen d'une infraction visée par l'une quelconque de ces dispositions serait entravé,

c) le recouvrement d'un bien saisissable en vertu de l'article 23 ou 23A serait entravé,

d) l'arrestation, l'inculpation ou la condamnation d'une personne soupçonnée de relever de l'article 40 § 1 a) ou b) serait compliquée parce qu'elle serait alertée,

e) la prévention d'un acte de terrorisme serait compliquée parce que l'intéressé serait alerté,

f) la collecte d'informations sur la perpétration, la préparation ou l'instigation d'un acte de terrorisme serait entravée, ou

g) une personne serait touchée ou physiquement blessée.»

41. Le paragraphe 36 régit la prolongation des mandats de maintien en garde à vue jusqu'à vingt-huit jours au maximum. Toute demande à cette fin peut conduire à la prolongation jusqu'à sept jours de la durée de la garde à vue. Toute demande qui prolongerait la durée totale de la garde à vue au-delà de quatorze jours doit être présentée à un juge de la *High Court*; autrement, c'est un juge de la *County Court* ou un *District Judge (Magistrates' Court)* spécialement désigné qui doit être saisi.

### **B. L'arrêt *Ward v. Police Service of Northern Ireland* [2007] 1 WLR 3013; [2007] UKHL 50**

42. Dans son arrêt *Ward v. Police Service of Northern Ireland*, la Chambre des lords a jugé que la procédure prévue au paragraphe 33 de l'annexe 8 avait été conçue dans l'intérêt supérieur du détenu et non dans celui de la police. Elle a dit notamment ceci :

«27. La réponse à cette question est que la procédure devant l'autorité judiciaire prévue au paragraphe 33 a été conçue dans l'intérêt du détenu et non dans celui de la police. Cette procédure donne à la personne visée par la demande le droit de présenter ses arguments et d'être représentée à l'audience. Toutefois, elle reconnaît aussi le caractère sensible des mesures que l'autorité judiciaire prendra éventuellement pour se convaincre, dans l'intérêt supérieur de cette personne, qu'il y a des motifs raisonnables de penser que le maintien en garde à vue sollicité est nécessaire. Plus l'examen de la question sera poussé, plus il risquera d'être sensible. Plus longue sera la durée de la prolongation autorisée, plus il sera important que les motifs de la demande fassent l'objet d'un examen minutieux et diligent.

28. En l'espèce, la nécessité pour l'autorité judiciaire de procéder à son examen risque d'empiéter sur le droit qu'a la police de ne pas divulguer, avant d'interroger un suspect, les questions qu'elle entend lui poser. En cas d'empiètement de ce type, il ne sera pas défavorable à l'intéressé d'être exclu de manière à permettre à l'autorité judiciaire d'examiner plus minutieusement cette question pour vérifier si les conditions strictes du maintien, posées au paragraphe 32, sont satisfaites. Dans cette hypothèse, ce pouvoir sera utilisé non pas au détriment du gardé à vue mais à son avantage. Comme le juge Hart l'a dit dans son jugement *ex tempore*, cette personne est protégée par le juge, dont la fonction est d'examiner scrupuleusement et sur tous les points les motifs sur lesquels la demande est fondée.

29. Il y aura parfois des cas où le pouvoir accordé à l'autorité judiciaire par le paragraphe 33(3) risque d'opérer en défaveur du gardé à vue. De tels cas seront vraisemblablement rares, mais l'autorité judiciaire doit toujours veiller à ne pas exercer ce pouvoir ainsi. (...)»

## EN DROIT

### I. SUR LA JONCTION DES REQUÊTES

43. Les trois requêtes en la présente affaire (n<sup>os</sup> 26289/12, 29062/12 et 29891/12) soulèvent les mêmes questions. Pour les raisons exposées aux paragraphes 47 à 59 ci-dessous [voir la version intégrale de l'arrêt, disponible en anglais sur Hudoc], la Cour estime irrecevables les griefs du deuxième requérant. Elle considère toutefois que les requêtes restantes (n<sup>os</sup> 26289/12 et 29891/12) doivent être jointes, comme le permet l'article 42 § 1 du règlement.

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

#### §§ 1 c), 2 ET 3 DE LA CONVENTION

44. Les requérants estiment leur garde à vue contraire à l'article 5 §§ 1 c), 2 et 3 de la Convention, ainsi libellé :

«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 :

(...)

c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ;

(...)

2. Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle.

3. Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.»

45. La Cour n'est pas liée par la qualification juridique donnée aux faits de l'espèce par un requérant (voir, par exemple, *Margaretić c. Croatie*, n° 16115/13, § 75, 5 juin 2014). Le grief soulevé par les requérants sur le terrain de l'article 5 § 1 c) étant tiré de ce qu'ils n'aient pas été aussitôt traduits devant un «juge ou un autre magistrat», elle estime donc plus indiqué de l'examiner sous l'angle de l'article 5 § 3.

46. Le Gouvernement récuse les arguments des requérants.

(...)

## **B. Sur le fond**

### *1. Thèses des parties*

#### **a) Les requérants**

62. Les requérants s'appuient sur l'arrêt *Schiesser c. Suisse* (4 décembre 1979, série A n° 34) y voyant un précédent à l'appui de la thèse selon laquelle l'«autorité judiciaire compétente», au sens de l'article 5 § 1 c), est un synonyme ou une version abrégée de la notion de «juge ou (...) autre magistrat habilité par la loi à exercer les fonctions judiciaires», au sens de l'article 5 § 3. En vertu des règles régissant l'ouverture d'une procédure pénale en Irlande du Nord, la *Magistrates' Court* serait l'instance devant laquelle un accusé est traduit pour sa première comparution à la suite de son inculpation. En Irlande du Nord, elle serait donc à la fois l'«autorité judiciaire compétente», pour les besoins de l'article 5 § 1 c), et le «juge ou (...) autre magistrat», pour les besoins de l'article 5 § 3. Faute pour eux d'avoir été traduits devant cette instance, la garde à vue des requérants préalable à leur inculpation aurait été contraire à l'article 5 § 3.

63. Les requérants estiment en outre qu'il serait tout à fait logique que la première comparution postérieure à l'inculpation devant la *Magistrates' Court* vaille traduction devant le « juge ou (...) autre magistrat » étant donné qu'elle offrirait des garanties additionnelles contre la détention arbitraire. Cette comparution garantirait en particulier l'annonce publique et dans le plus court délai des charges retenues contre le détenu, ainsi que le contrôle du maintien en détention de celui-ci et, surtout, la possibilité de libération conditionnelle. De plus, si le maintien en détention venait à être autorisé, ce serait dans un établissement pénitentiaire et non dans un commissariat de police, lequel ne se prête guère aux incarcérations de longue durée.

64. Les requérants considèrent que, quand bien même la Cour accepterait que ce n'était pas à la *Magistrates' Court* d'opérer le contrôle judiciaire de la détention prévu par l'article 5 § 3 de la Convention, l'« autorité judiciaire » telle qu'instituée par la loi de 2000 sur le terrorisme (« la loi de 2000 ») n'avait ni les pouvoirs ni les qualités pour satisfaire aux conditions de cette disposition.

65. Premièrement, les requérants soutiennent que la portée du contrôle opéré par l'« autorité judiciaire » lors du premier réexamen automatique de la détention n'était pas conforme à l'article 5 § 3. Ils font valoir que, en l'espèce, la *High Court* a dit que le contrôle de la régularité d'une arrestation n'avait pas à comporter une analyse détaillée du fondement de la décision d'arrestation et devait tenir compte des contraintes pesant nécessairement sur bon nombre d'arrestations pour des infractions se rapportant au terrorisme, dans le cadre desquelles des raisons de sûreté publique empêchent la communication de l'ensemble des éléments sur le fondement desquels les décisions d'arrestation sont prises. Ils y voient une violation de l'article 5 § 3, de tels critères empêchant selon eux le contrôle effectif de l'arrestation et de la détention imposé par cette disposition lors du premier examen automatique par un juge et ultérieurement. Dès lors, à leurs yeux, même dans l'hypothèse où la juge de la *County Court* se serait livrée à un raisonnement conforme aux prescriptions de la *High Court*, cela n'aurait pas suffi à satisfaire à l'article 5 § 3.

66. Deuxièmement, les requérants estiment que la création d'un mécanisme séparé et distinct hors des voies légales normales a pour conséquence logique de charger l'« autorité judiciaire » des deux missions juridictionnelles requises par l'article 5 § 3 : le contrôle automatique de la détention et l'octroi ou non à l'intéressé de la libération conditionnelle en instance de jugement. Selon la jurisprudence de la Convention, la seconde mission devrait être conduite avec la diligence requise (*McKay c. Royaume-Uni* [GC], n° 543/03, CEDH 2006-X). Il ne serait pas contesté entre les parties que l'« autorité judiciaire » telle que constituée par la loi de 2000 n'a pas

le pouvoir d'ordonner la libération conditionnelle. Or, faute de pouvoir assortir de conditions une telle libération, l'autorité judiciaire ne pourrait autoriser que la libération inconditionnelle ou le maintien en détention. Les requérants estiment que le constat est particulièrement frappant dans une affaire comme la présente, où ils auraient dû à tout le moins bénéficier d'une libération conditionnelle. Ils font valoir à cet égard que la police a cherché à prolonger leur garde à vue alors qu'ils étaient déjà détenus depuis sept jours sans avoir été inculpés; que les interrogatoires de police étaient arrivés à leur terme – si ce n'est que les résultats des examens criminalistiques n'avaient pas encore été reçus; que les investigations n'avaient permis de révéler aucun élément, ou aucun qui aurait suffi à les inculper; qu'ils étaient de bonne moralité et ne risquaient pas de s'enfuir; et qu'ils avaient droit à la présomption d'innocence.

#### b) Le Gouvernement

67. Le Gouvernement soutient que l'article 5 § 3 de la Convention exige essentiellement que la personne arrêtée soit aussitôt traduite devant «un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires». Il estime que les organes judiciaires visés par l'article 5 § 1 c) et par l'article 5 § 3 n'ont pas à être identiques: en ce qu'elle impose que tout détenu soit traduit devant un juge, l'annexe 8 serait conforme à l'exigence essentielle posée à l'article 5 § 3. À l'appui de cette thèse, il invoque le libellé de l'article 5, la finalité de cette disposition ainsi que les arrêts rendus par la Cour dans les affaires *Aquilina c. Malte* ([GC], n° 25642/94, CEDH 1999-III) et *Schiesser*, précité.

68. Premièrement, la différence dans les formulations retenues dans l'article 5 § 1 c), d'une part, et dans l'article 5 § 3, d'autre part, montrerait que les deux organes judiciaires visés dans ces dispositions n'ont pas à être identiques.

69. Deuxièmement, le Gouvernement cite l'arrêt *Medvedyev et autres c. France* ([GC], n° 3394/03, CEDH 2010), dans lequel la Cour dit que l'article 5 § 3 vise à assurer que la personne arrêtée soit aussitôt physiquement conduite devant une autorité judiciaire. Il estime que les dispositions de l'annexe 8 vont dans ce sens. Ces dispositions assureraient aussi une protection contre la détention arbitraire, le juge exerçant un contrôle indépendant sur les motifs de la détention et l'élargissement devant être prononcé si le maintien en détention ne se justifie pas. Pour le Gouvernement, suggérer que le «juge ou un autre magistrat» de l'article 5 § 3 soit le même que l'«autorité judiciaire compétente» de l'article 5 § 1 c) ne protégerait pas davantage la personne détenue, ferait primer la forme sur le fond et

restreindrait sans raison légitime l'État concerné dans l'organisation de ses ressources judiciaires.

70. Troisièmement, rien dans les arrêts *Schiesser* ou *Aquilina*, précités, ne permettrait de dire que l'organe judiciaire de l'article 5 § 3 doit être identique à celui de l'article 5 § 1 c). Au contraire, la Cour aurait bien précisé dans ces arrêts que la question importante est de savoir si l'autorité judiciaire en cause jouit de l'indépendance voulue vis-à-vis de l'exécutif et des parties.

71. Le Gouvernement ajoute que les requérants ont mal interprété la nature du premier contrôle obligatoire prévu par l'article 5 § 3 de la Convention. En premier lieu, une personne détenue dans l'un des cas prévus par l'article 5 § 1 c) n'aurait pas à être – présentement ou ultérieurement – inculpée (*Brogan et autres c. Royaume-Uni*, 29 novembre 1988, § 53, série A n° 145-B). Par conséquent, l'annonce publique et dans le plus court délai des charges retenues n'entrerait pas en ligne de compte dans le contrôle de la régularité de la détention prévu par l'article 5 § 3.

72. En second lieu, rien ne permettrait de conclure que le contrôle prévu par l'article 5 § 3 doit systématiquement prévoir l'élargissement du détenu en instance de jugement, sous condition ou non, pour des raisons autres que la régularité de la détention ou l'existence de raisons plausibles de le soupçonner d'une infraction pénale (*McKay*, précité, §§ 38-39). Les exigences de l'article 5 § 3 se rapportant à la détention visée à l'article 5 § 1 c) et les exigences de l'article 5 § 3 se rapportant au maintien en détention provisoire (qui, elles, imposeraient d'envisager la libération conditionnelle) confèreraient des droits distincts et n'auraient apparemment aucun lien logique ou temporel (*Medvedyev et autres*, précité, § 119). En l'espèce, bien que la détention provisoire des requérants en fût à un stade très précoce, le juge n'aurait pu délivrer un mandat de maintien en garde à vue que s'il était convaincu que chacun des requérants était une personne légitimement soupçonnée d'avoir commis une infraction en matière de terrorisme ou un terroriste; qu'il y avait des motifs légitimes de penser que le maintien en garde à vue de chacun d'eux était nécessaire; et que l'enquête était conduite avec diligence et célérité. Dans ces conditions, il n'était pas nécessaire que le juge dispose du pouvoir additionnel de prononcer la libération conditionnelle des requérants.

## 2. *Appréciation de la Cour*

### a) **Principes généraux**

73. La Cour rappelle que l'article 5 de la Convention figure parmi les principales dispositions garantissant les droits fondamentaux qui protègent

la sécurité physique des personnes et que trois grands principes en particulier ressortent de sa jurisprudence : les exceptions, dont la liste est exhaustive, sont d'interprétation étroite et ne se prêtent pas à l'importante série de justifications prévues par d'autres dispositions (les articles 8 à 11 de la Convention en particulier) ; la régularité de la détention, sur laquelle l'accent est mis de façon répétée, du point de vue tant de la procédure que du fond, et qui implique une adhésion scrupuleuse à la prééminence du droit ; et, enfin, l'importance de la rapidité ou de la célérité des contrôles juridictionnels requis en vertu de l'article 5 §§ 3 et 4 (*McKay*, précité, § 30).

74. La Cour rappelle également l'importance des garanties de l'article 5 § 3 pour la personne arrêtée. Cet article vise à assurer que la personne arrêtée soit aussitôt physiquement conduite devant une autorité judiciaire. Ce contrôle judiciaire rapide et automatique assure aussi une protection appréciable contre les comportements arbitraires, les détentions au secret et les mauvais traitements (voir, parmi d'autres précédents, *Brogan et autres*, précité, § 58, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, 26 mai 1993, §§ 62-63, série A n° 258-B, *Aquilina*, précité, § 49, et *Dikme c. Turquie*, n° 20869/92, § 66, CEDH 2000-VIII).

75. L'article 5 § 3, en tant qu'il s'inscrit dans ce cadre de garanties, comporte, du fait de son économie, deux volets distincts : les premiers stades faisant suite à une arrestation, lorsqu'une personne se trouve aux mains des autorités, et la période avant le procès éventuel devant une juridiction pénale, pendant laquelle le suspect peut être détenu ou libéré, avec ou sans condition. Ces deux volets confèrent des droits distincts et n'ont apparemment aucun lien logique ou temporel (*T.W. c. Malte* [GC], n° 25644/94, § 49, 29 avril 1999, *McKay*, précité, § 31, et *Medvedyev et autres*, précité, § 119).

76. Pour ce qui est du premier volet, qui concerne le stade initial de la détention, la jurisprudence de la Cour dit qu'il faut protéger par un contrôle juridictionnel la personne arrêtée ou détenue « lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'[elle] a commis une infraction [pénale] », c'est-à-dire avant même qu'une quelconque inculpation ait pu être formulée (*Brogan et autres*, précité, § 53). Un tel contrôle doit fournir des garanties effectives contre le risque de mauvais traitements, qui est à son maximum durant cette phase initiale d'une privation de liberté éventuellement prolongée à la suite d'une inculpation, et contre un abus par des agents de la force publique ou une autre autorité des pouvoirs qui leur sont conférés et qui doivent s'exercer à des fins étroitement limitées et en stricte conformité avec les procédures prescrites. Il doit répondre aux exigences exposées ci-dessous (*McKay*, précité, § 32).

*i. Célérité*

77. Le contrôle juridictionnel lors de la première comparution de la personne arrêtée doit avant tout être prompt, car il a pour but de permettre de détecter tout mauvais traitement et de réduire au minimum toute atteinte injustifiée à la liberté individuelle. Bien que chaque cas d'espèce s'apprécie à l'aune des caractéristiques qui lui sont propres (*Belousov c. Ukraine*, n° 4494/07, § 94, 7 novembre 2013), la stricte limite de temps imposée par cette exigence ne laisse guère de souplesse dans l'interprétation, sinon on mutilerait, au détriment de l'individu, une garantie procédurale offerte par cet article et on aboutirait à des conséquences contraires à la substance même du droit protégé par lui (*Brogan et autres*, précité, § 62, la Cour ayant jugé dans cette affaire que des périodes de garde à vue de quatre jours et six heures sans comparution devant un juge emportaient violation de l'article 5 § 3, même dans le contexte spécial d'enquêtes sur des infractions terroristes).

78. Ce qu'il faut retenir de l'arrêt *Brogan et autres*, précité, c'est que quand bien même, dans le cadre d'une législation de lutte contre le terrorisme, des circonstances exceptionnelles ou des difficultés particulières justifieraient un délai plus long que la normale avant que les autorités ne traduisent devant un magistrat une personne arrêtée, le premier contrôle doit intervenir dans les quatre jours qui suivent l'arrestation. Dans l'arrêt *McKay*, précité, la Cour a conclu à l'absence de violation de l'article 5 § 3 pour une personne soupçonnée de faits non relatifs au terrorisme qui avait été traduite devant un magistrat dans les quarante-huit heures qui avaient suivi son arrestation. De même, dans l'arrêt *Aquilina*, précité, elle a reconnu que la comparution du requérant devant un magistrat deux jours après son arrestation était conforme à l'exigence de célérité. Néanmoins, si toute durée supérieure à quatre jours est *a priori* trop longue, dans certaines circonstances une durée plus brève peut elle aussi être contraire à l'exigence de célérité (voir l'arrêt *İpek et autres c. Turquie* (nos 17019/02 et 30070/02, §§ 36-37, 3 février 2009) dans lequel une durée de trois jours et neuf heures n'a pas été jugée suffisamment brève s'agissant de requérants mineurs, l'arrêt *Kandjov c. Bulgarie* (n° 68294/01, § 66, 6 novembre 2008) dans lequel une durée de trois jours et vingt-trois heures n'a pas été jugée suffisamment brève s'agissant d'un requérant qui, arrêté pour une infraction mineure et non violente, avait déjà passé vingt-quatre heures en garde à vue avant que la police ne propose au procureur chargé du dossier de demander à la juridiction compétente de placer le requérant en détention provisoire, et l'arrêt *Hassan et autres c. France* (nos 46695/10 et 54588/10, § 89, 4 décembre 2014) dans lequel les requérants s'étaient trouvés depuis longtemps en rétention avant d'être placés en garde à vue).

ii. *Caractère automatique du contrôle*

79. Le contrôle doit être automatique et ne peut être rendu tributaire d'une demande formée par la personne détenue. À cet égard, la garantie offerte est distincte de celle prévue par l'article 5 § 4, qui donne à la personne détenue le droit de demander sa libération. Le caractère automatique du contrôle est nécessaire pour atteindre le but de ce paragraphe, étant donné qu'une personne soumise à des mauvais traitements pourrait se trouver dans l'impossibilité de saisir le juge d'une demande de contrôle de la légalité de sa détention ; il pourrait en aller de même pour d'autres catégories vulnérables de personnes arrêtées, telles celles atteintes d'une déficience mentale ou celles qui ne parlent pas la langue du magistrat (*Aquilina*, précité, § 49).

iii. *Caractéristiques et pouvoirs du magistrat*

80. Le paragraphe 1 c) formant un tout avec le paragraphe 3 de l'article 5, l'expression « autorité judiciaire compétente » du paragraphe 1 c) est un synonyme abrégé de « juge ou (...) autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » du paragraphe 3 (voir, parmi d'autres précédents, *Lawless c. Irlande* (n° 3), 1<sup>er</sup> juillet 1961, p. 27, série A n° 3, et *Schiesser*, précité, § 29).

81. Le magistrat doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'il puisse intervenir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, comme le peut le ministère public, et il doit avoir le pouvoir d'ordonner l'élargissement, après avoir entendu la personne et contrôlé la légalité et la justification de l'arrestation et de la détention (voir, parmi de nombreux autres précédents, *Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 octobre 1998, §§ 146 et 149, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VIII). Concernant la portée de ce contrôle, la formulation à la base de la jurisprudence constante de la Cour remonte à l'ancien arrêt *Schiesser* (précité, § 31) :

« À cela s'ajoutent, d'après l'article 5 § 3, une exigence de procédure et une de fond. À la charge du « magistrat », la première comporte l'obligation d'entendre personnellement l'individu traduit devant lui (...); la seconde, celle d'examiner les circonstances qui militent pour ou contre la détention, de se prononcer selon des critères juridiques sur l'existence de raisons la justifiant et, en leur absence, d'ordonner l'élargissement (...). »

82. Autrement dit, « l'article 5 § 3 exige que le magistrat se penche sur le bien-fondé de la détention » (*T.W. c. Malte*, § 41, et *Aquilina*, § 47, précités).

83. Le contrôle automatique initial portant sur l'arrestation et la détention doit donc permettre d'examiner la question de la régularité et celle de savoir s'il existe des raisons plausibles de soupçonner que la personne arrêtée a commis une infraction, c'est-à-dire si la détention se trouve englobée par

les exceptions autorisées énumérées à l'article 5 § 1 c). S'il n'en est pas ainsi, ou si la détention est illégale, le magistrat doit avoir le pouvoir d'ordonner la libération (*McKay*, précité, § 40).

84. Toutefois, l'examen de la jurisprudence pertinente de la Cour ne permet pas de conclure que le contrôle doit systématiquement englober la question de la libération, assortie ou non de conditions, pendant la procédure pour des raisons autres que celles se rapportant à la régularité de la détention ou à l'existence de motifs plausibles de soupçonner que l'intéressé a commis une infraction. Rien ne permet donc de dire qu'en parlant, dans son arrêt *Schiesser*, précité, des « circonstances qui militent pour ou contre la détention », la Cour ait fait davantage qu'indiquer que le magistrat doit avoir le pouvoir de contrôler la régularité d'une arrestation et d'une détention au regard du droit interne et leur conformité avec les exigences de l'article 5 § 1 c) (*McKay*, précité, § 36).

85. La Cour a déjà admis à plusieurs reprises que les enquêtes au sujet d'infractions terroristes plaçaient sans nul doute les autorités devant des problèmes particuliers (*Brogan et autres*, précité, § 61, *Murray c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1994, § 58, série A n° 300-A, et *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, § 78, *Recueil* 1996-VI). Dans l'arrêt *Brogan et autres* (précité, § 61), elle a expressément reconnu ceci : « [L]a difficulté (...) d'assujettir à un contrôle judiciaire la décision d'arrêter et détenir un terroriste présumé peut influencer sur les modalités d'application de l'article 5 § 3, par exemple en appelant des précautions procédurales adaptées à la nature des infractions supposées ». Mais cela ne signifie pas pour autant que les autorités d'enquête aient carte blanche, au regard de l'article 5, pour arrêter et placer en garde à vue des suspects, à l'abri de tout contrôle effectif par les tribunaux internes et, en dernière instance, par les organes de contrôle de la Convention, chaque fois qu'elles choisissent d'affirmer qu'il y a infraction terroriste (*Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, § 104, CEDH 2005-IV).

#### *iv. La période de détention provisoire*

86. Il existe une présomption en faveur de la libération. Comme la Cour l'a dit dans l'affaire *Neumeister c. Autriche* (27 juin 1968, p. 37, § 4, série A n° 8), le deuxième volet de l'article 5 § 3 n'offre pas aux autorités judiciaires une option entre la mise en jugement dans un délai raisonnable et la mise en liberté provisoire. Jusqu'à sa condamnation, la personne accusée doit être réputée innocente et la disposition analysée a essentiellement pour objet d'imposer la liberté provisoire dès que le maintien en détention cesse d'être raisonnable.

87. La poursuite de la détention ne se justifie donc dans un cas d'espèce donné que si des indices concrets révèlent une véritable exigence d'intérêt

public prévalant, nonobstant la présomption d'innocence, sur la règle du respect de la liberté individuelle fixée à l'article 5 de la Convention (voir, parmi d'autres précédents, *Kudła c. Pologne* [GC], n° 30210/96, §§ 110 et suiv., CEDH 2000-XI).

88. La persistance de raisons plausibles de soupçonner la personne arrêtée d'avoir commis une infraction est une condition *sine qua non* de la régularité du maintien en détention, mais au bout d'un certain laps de temps elle ne suffit plus. La Cour n'a pas cherché à traduire cette notion en un nombre préfix de jours, semaines, mois ou années, ou en différents délais variant selon la gravité de l'infraction (*Stögmüller c. Autriche*, 10 novembre 1969, p. 39, § 4, série A n° 9). Une fois que l'existence de « soupçons plausibles » ne suffit plus, elle doit établir si les autres motifs avancés par les autorités judiciaires continuent à légitimer la privation de liberté. En particulier, elle doit rechercher si ces motifs étaient « pertinents » et « suffisants », et si les autorités nationales compétentes ont apporté une « diligence particulière » à la poursuite de la procédure (voir, parmi d'autres précédents, *Letellier c. France*, 26 juin 1991, § 35, série A n° 207, et *Yağcı et Sargin c. Turquie*, 8 juin 1995, § 50, série A n° 319-A).

89. La Cour n'a pas encore eu l'occasion d'examiner dans sa jurisprudence la toute première phase de la détention provisoire dans ce contexte, probablement du fait que, dans la plupart des cas, l'existence de soupçons fournit un motif suffisant pour un placement en détention, et que l'impossibilité de bénéficier d'une mise en liberté provisoire n'est pas véritablement contestable. Cela dit, il doit indubitablement être possible de voir examiner par un juge la question d'une libération pendant la procédure, car, même à ce stade, il existe des cas où, eu égard à la nature de l'infraction ou à la situation personnelle de son auteur présumé, la détention cesse d'être raisonnable ou légitimée par des motifs pertinents et suffisants. Il n'y a aucune exigence expresse de « célérité » comme à la première phrase du paragraphe 3 de l'article 5. Cependant, un tel examen, qu'il soit demandé par le requérant ou effectué à l'initiative du juge, doit intervenir rapidement pour que toute privation de liberté injustifiée soit réduite à un minimum acceptable (*McKay*, précité, § 46).

90. Afin que le droit garanti soit concret et effectif, et non pas théorique et illusoire, le magistrat qui procède au premier contrôle automatique de la régularité de la privation de liberté et de l'existence d'un motif de détention devrait également avoir la compétence d'examiner la question d'une mise en liberté provisoire ; il s'agirait là non seulement d'une bonne pratique, mais ce serait hautement souhaitable pour réduire les délais au minimum. Toutefois, ce n'est pas une exigence posée par la Convention et il n'y a aucune raison de principe pour que ces questions ne puissent pas

être examinées par deux magistrats, dans le laps de temps requis. Quoi qu'il en soit, on ne saurait avancer une interprétation qui voudrait que l'examen d'une mise en liberté provisoire soit conduit à plus bref délai que le premier contrôle automatique, pour lequel la Cour a défini un délai maximum de quatre jours (*Brogan et autres*, précité).

**b) Application des principes généraux en l'espèce**

*i. Les requérants ont-ils été aussitôt traduits devant un juge ou un autre magistrat conformément aux exigences de l'article 5 § 3 de la Convention?*

91. Si, comme il a déjà été noté au paragraphe 80 ci-dessus, l'« autorité judiciaire compétente » au sens du paragraphe 1 c) de l'article 5 doit être regardée comme un synonyme du « juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » au sens du paragraphe 3, il ne faut pas en conclure que les organes juridictionnels chargés des différentes tâches judiciaires envisagées par ces deux provisions doivent être nécessairement les mêmes. Au contraire, dans sa jurisprudence, la Cour a souligné à de nombreuses reprises que la finalité particulière du premier volet de l'article 5 § 3 se limite à veiller à ce que le détenu soit traduit dans les meilleurs délais devant une autorité judiciaire habilitée à vérifier la régularité de l'arrestation, à examiner le bien-fondé de la détention et à ordonner la libération si le maintien en détention se révèle illicite. Si une telle mesure est prise, elle estime satisfaites les exigences imposées par ce premier volet. Elle considère donc que la question qui se pose en l'espèce est de savoir non pas si les requérants auraient dû être traduits devant la *Magistrates' Court*, c'est-à-dire l'autorité judiciaire en Irlande du Nord devant laquelle doit comparaître pour la première fois tout accusé, mais s'ils ont effectivement été traduits devant un juge ou un autre magistrat satisfaisant aux exigences du premier volet de l'article 5 § 3 s'agissant d'une privation de liberté initiale relevant de l'article 5 § 1 c).

92. Avant d'examiner cette question, la Cour constate que, au cours de leur détention, les requérants ont été conduits à deux reprises devant une juge de la *County Court* spécialement désignée: quarante-huit heures après leur arrestation, lorsque le DPP a sollicité des mandats de maintien en garde à vue en vertu du paragraphe 29 de l'annexe 8, et cinq jours plus tard, lorsque le DPP a demandé la prolongation de ces mandats en vertu du paragraphe 36 de l'annexe 8 (paragraphe 6-8 et 33 ci-dessus). Bien que ce fût la décision rendue sur le fondement du paragraphe 36 que les requérants ont ultérieurement attaquée par la voie du contrôle juridictionnel, la *High Court* a jugé que le paragraphe 32, qui énonçait les conditions de délivrance d'un mandat de maintien en garde à vue, devait être interprété

en conformité avec l'article 5 § 3 de la Convention (paragraphe 19 et 21 ci-dessus). La Cour partira donc du principe qu'il n'y a aucune différence entre les attributions du juge sur le terrain aussi bien du paragraphe 29 que du paragraphe 36.

93. Pour ce qui est de l'exigence de «célérité», la Cour relève que, en l'espèce, les requérants sont des personnes majeures qui ont été conduites devant un juge dans les quarante-huit heures qui avaient suivi leur arrestation, parce qu'elles étaient soupçonnées d'avoir commis une grave infraction en matière de terrorisme. Au vu des principes exposés aux paragraphes 77 et 78 ci-dessus, elle reconnaît qu'ils ont été «aussitôt» traduits devant le juge.

94. La deuxième exigence de l'article 5 § 3 est l'automaticité de la première comparution du détenu devant le magistrat. En l'espèce, les requérants n'ont jamais cherché à soutenir que cette exigence n'avait pas été respectée. Le paragraphe 29 de l'annexe 8 à la loi de 2000 imposait aux policiers de demander au juge de la *County Court* de prolonger la durée initiale de garde à vue au-delà de quarante-huit heures (paragraphe 32 ci-dessus); aussi les requérants ne pouvaient-ils être détenus plus de quarante-huit heures sans être traduits pour la première fois devant un juge.

95. Troisièmement, la Cour a constamment jugé que le magistrat visé à l'article 5 § 3 de la Convention doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, qu'il doit être habilité à examiner la régularité de l'arrestation et de la détention, ainsi que la justification de celle-ci (ce qui inclut l'analyse des circonstances en faveur ou en défaveur de la détention de manière à dire s'il y a des raisons de la justifier), et, s'il n'y a pas suffisamment de raisons justifiant la détention, qu'il doit avoir le pouvoir d'ordonner la libération.

96. Nul ne contestant l'indépendance de la juge de la *County Court*, les deux questions principales qui se posent devant la Cour sont de savoir, tout d'abord, si la juge disposait de pouvoirs suffisants pour examiner la régularité de la détention des requérants et, deuxièmement, si elle avait les pouvoirs nécessaires pour ordonner leur libération.

97. Bien que la *High Court* ait jugé que le paragraphe 32 devait être interprété en conformité avec l'article 5 § 3 (paragraphe 19 et 21 ci-dessus), les requérants contestent ce qu'elle a dit ensuite, à savoir qu'un examen de la régularité de l'arrestation n'a pas à comporter une analyse détaillée du fondement de la décision d'arrestation et doit tenir compte des contraintes qui pèsent nécessairement sur bon nombre d'arrestations pour des infractions se rapportant au terrorisme.

98. La Cour constate que les indications données par la *High Court* ont été formulées de manière abstraite et, par conséquent, elle ne peut voir

comment celles-ci seraient appliquées par les tribunaux internes en pratique. Néanmoins, en principe, rien à ses yeux dans la décision de la *High Court* ne contredit sa propre jurisprudence. La Cour note en particulier que, dans des affaires antérieures, la *High Court* n'est pas allée jusqu'à définir le contenu exact ni la forme de l'analyse requise par l'article 5 § 3; cette juridiction s'est plutôt contentée de dire que le magistrat devait pouvoir contrôler la régularité et la justification de l'arrestation et de la détention, examiner les circonstances en faveur ou en défaveur de la détention, y compris l'existence de soupçons plausibles, et dire s'il y avait des raisons justifiant la détention. De plus, ainsi qu'il a déjà été noté ci-dessus (paragraphe 85), bien qu'elle ait jugé que les autorités ne devaient pas avoir carte blanche lorsqu'elles enquêtent sur des infractions en matière de terrorisme, elle a expressément reconnu la particularité des problèmes qui se posent souvent à elles dans ces enquêtes. Dès lors, au vu du dossier, la Cour ne peut s'associer aux requérants lorsqu'ils disent que l'examen qui, selon la *High Court*, était inhérent à la législation en cause était forcément en deçà des exigences de l'article 5 § 3 de la Convention.

99. En l'espèce, bien qu'elle ait annulé la prolongation par la juge de la *County Court* des gardes à vue pour défaut d'examen de la régularité initiale de l'arrestation, la *High Court* s'est dite convaincue que cette juge n'avait pas omis de considérer la nécessité d'une détention comme fondement à la délivrance du mandat et que la décision de la juge était adéquatement motivée (paragraphe 19-20 ci-dessus).

100. Pour ce qui est de savoir si la juge de la *County Court* avait le pouvoir d'ordonner la libération en cas d'arrestation ou de détention irrégulière, la Cour rappelle que, si la loi de 2000 ne prévoit pas expressément un tel pouvoir, la *High Court* a reconnu en l'espèce que, les dispositions de ce texte devant être interprétées en conformité avec les exigences de l'article 5 § 3 de la Convention, ladite juge devait avoir le pouvoir d'ordonner la libération en cas de défaut de fondement juridique de l'arrestation initiale ou du maintien en garde à vue (paragraphe 19 et 21 ci-dessus). Elle relève en outre que, lorsqu'un mandat (ou une prolongation de mandat) n'est pas demandé ou n'est pas délivré, le détenu doit être libéré faute de base légale à son maintien en détention.

101. Les requérants disent que la juge de la *County Court* devait aussi avoir le pouvoir d'ordonner la libération conditionnelle. Or, ainsi qu'il a été noté au paragraphe 84 ci-dessus, rien dans la jurisprudence de la Cour ne permet d'étayer leur thèse selon laquelle l'autorité judiciaire chargée du premier examen de la privation de liberté doit jouir d'un tel pouvoir. Dans son arrêt *McKay* (précité, § 47), la Cour a indiqué qu'il serait « hautement souhaitable » que le magistrat chargé du premier contrôle automatique ait

également la compétence d'examiner la question de la mise en liberté provisoire pour des motifs autres que la régularité de la détention ou l'existence de motifs raisonnables de soupçonner que l'intéressé a commis une infraction pénale, mais elle a souligné que ce n'était pas une exigence posée par la Convention et il n'y avait aucune raison de principe pour que ces questions ne puissent pas être examinées par deux magistrats.

*ii. Devait-il exister une possibilité de libération conditionnelle pendant la période de détention des requérants ?*

102. À la suite du premier contrôle de leur détention, les requérants sont restés en garde à vue pendant dix jours de plus. Bien qu'ils aient été traduits une seconde fois devant la juge de la *County Court* au bout de sept jours d'incarcération, il est admis qu'à aucun moment de leur détention ils n'ont été conduits devant un juge habilité à ordonner la libération conditionnelle. Aussi les requérants soutiennent-ils que, pour autant qu'il permettait leur détention sans inculpation pendant vingt-huit jours au maximum, au cours desquels leur libération conditionnelle n'était pas envisageable, le régime prévu par l'annexe 8 à la loi de 2000 était contraire à l'article 5 § 3 de la Convention.

103. La Cour ne saurait examiner *in abstracto* le régime prévu par l'annexe 8: il lui faut plutôt se limiter aux faits dont elle est saisie. Ainsi, bien que les requérants eussent pu être détenus pendant une durée pouvant aller jusqu'à vingt-huit jours, elle ne peut méconnaître que, en l'espèce, ils ont été libérés au bout de douze jours. De plus, elle ne juge pas importante l'absence de toute inculpation éventuelle: rien dans l'article 5 § 3 ne permet de dire en effet qu'un détenu doit être inculpé pour que sa détention soit compatible avec cette disposition (*Brogan et autres*, précité, § 53).

104. Ainsi qu'il a été noté au paragraphe 75 ci-dessus, l'article 5 § 3 comporte, du fait de son économie, deux volets séparés qui font chacun naître des droits distincts et sont dépourvus de lien temporel entre eux: les premiers stades faisant suite à l'arrestation d'une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction pénale et la période, en instance de jugement au pénal, au cours de laquelle elle peut être détenue ou libérée, sous conditions ou non (*T.W. c. Malte*, § 49, *McKay*, § 31, et *Medvedyev et autres*, § 119, tous précités). Au cours de la phase initiale visée par le premier volet de cette disposition, la détention peut se justifier par la seule existence d'une «raison plausible de soupçonner» que l'intéressé a perpétré une infraction pénale. Or, la persistance de soupçons ne suffit plus, au bout d'un certain laps de temps, à justifier la détention, même si la Cour n'a pas cherché à traduire cette notion en un nombre préfix de jours, semaines, mois ou années, ou en différents délais variant selon la gravité de l'infraction (*Stögmüller*,

précité, p. 39, § 4). Il incombe donc à la Cour en l'espèce de dire si, d'un bout à l'autre de la détention des requérants, celle-ci relevait du premier volet de l'article 5 § 3 ou si, à un moment donné, leur maintien en garde à vue ne pouvait plus se justifier par l'existence de « soupçons plausibles ».

105. En l'espèce, les requérants ont passé douze jours en détention, ce qui est une durée relativement brève. La Cour considère donc que, du début à la fin, ils en étaient aux « premiers stades » de leur privation de liberté, et que leur détention pouvait se justifier par l'existence de raisons plausibles de soupçonner qu'ils avaient commis une infraction pénale. Aussi n'est-il pas nécessaire de tenir le moindre compte de l'éventualité de leur libération conditionnelle pendant cette période.

106. En tout état de cause, la Cour constate que, pendant la période de détention des requérants, un certain nombre de garanties étaient en place pour les protéger d'une détention arbitraire. Premièrement, le régime fixé par l'annexe 8 prévoyait que le juge ne pouvait prononcer le maintien en garde à vue que pour sept jours au maximum et que la durée totale de celle-ci ne pouvait dépasser vingt-huit jours. Le juge ne pouvait en décider la prolongation que s'il était convaincu qu'il y avait des motifs légitimes de penser que cette mesure était nécessaire et que l'enquête était conduite avec diligence et célérité (paragraphe 36 ci-dessus). De plus, à la suite de la décision de la *High Court*, il devait également être convaincu que l'arrestation était régulière et que la détention était fondée. Si, dans certains cas, les détenus et/ou leurs représentants pouvaient être exclus des audiences, le premier requérant en l'espèce a témoigné sous serment dans le cadre du premier contrôle et les deux requérants ont été entendus en leurs arguments au cours des seconds contrôles (paragraphe 8 ci-dessus). Enfin, les requérants ont pu contester leur maintien en garde à vue par la voie du contrôle juridictionnel.

107. Des conditions plus strictes devaient être satisfaites pour toute prolongation de la garde à vue au-delà de quatorze jours; or elles n'étaient pas nécessaires en l'espèce, les requérants ayant été élargis au bout de douze jours.

108. Au vu des éléments ci-dessus, la Cour estime que l'absence de possibilité de libération sous condition pendant la période de privation de liberté des requérants n'a posé aucun problème au regard de l'article 5 § 3 de la Convention.

### *iii. Conclusion*

109. Les éléments exposés ci-dessus suffisent à la Cour pour conclure que la détention des requérants sur le fondement de l'annexe 8 à la loi de 2000 n'était pas contraire à l'article 5 § 3 de la Convention.

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

1. *Joint* les requêtes n<sup>os</sup> 26289/12 et 29891/12 introduites respectivement par les premier et troisième requérants ;  
(...)
5. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 5 § 3 de la Convention.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 12 mai 2015, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement de la Cour.

Françoise Elens-Passos  
Greffière

Païvi Hirvelä  
Présidente

CHITOS v. GREECE  
*(Application no. 51637/12)*

FIRST SECTION

JUDGMENT OF 4 JUNE 2015<sup>1</sup>

---

1. Translation; original French. Extracts.



SUMMARY<sup>1</sup>**Order by the authorities for payment of a fee, despite stay of execution of the decision imposing it, by an army medical officer seeking to resign before the end of his term of service**

The immediate payment of a fee in full with interest, under constraint from the authorities, by a regular member of the armed forces in order to be able to resign before the end of his term of service, even though he had been granted a stay of execution of the decision imposing the fee and the proceedings before the plenary Court of Audit had scarcely begun, amounted to forced or compulsory labour in breach of Article 4 § 2 (see paragraphs 107 and 109 of the judgment).

**Article 4**

*Forced labour – Order by the authorities for payment of a fee, despite stay of execution of the decision imposing it, by an army medical officer seeking to resign before the end of his term of service – Work by regular members of armed forces potentially qualifying as forced or compulsory labour – Requirement to commit to serving in the army for a certain number of years after obtaining degree – Duration of officers' engagement and possibility of ending it – Margin of appreciation – Principle of buying back remaining years of service – Proportionality – Reasonable amount – Surcharge of approximately 13% in interest – Risk of increase pending Court of Audit's decision – Debt not repayable in instalments – Action under constraint – Disproportionate burden*

\*

\*   \*

*Facts*

The applicant received training as an army medical officer, in return for which he had undertaken, pursuant to the applicable legislation, to serve in the armed forces for a period corresponding to three times the duration of his studies – that is to say, eighteen years. He subsequently acquired a specialist qualification as an anaesthetist at the expense of the army, which increased the duration of his engagement by a further five years. The applicant later decided to resign. The army informed him that he still had to serve for approximately nine years and four months or, alternatively, pay the State a fee of about 107,000 euros (EUR). The Court of Audit granted him a provisional stay of execution of that decision. After an application for judicial review of the decision had been dismissed, the applicant appealed on points of law. The tax office nevertheless requested him to pay the amount in question,

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

with a surcharge of some EUR 2,500 for miscellaneous expenses. In October 2009 the stay of execution was confirmed. In May 2010 the applicant was informed that interest for late payment had been added and that he would consequently have to pay approximately EUR 112,000 by the end of that month. He paid the sum within the time-limit.

In December 2011 the plenary Court of Audit partly upheld the appeal on points of law and remitted the case to a different division. In December 2013 the Court of Audit ruled that the applicant's five years of specialist training should be included in the overall period of compulsory service and consequently reduced the amount of the fee to approximately EUR 50,000. The State duly reimbursed the applicant about EUR 60,000.

### *Law*

Article 4 § 2:

(a) *Scope of the case* – Article 4 § 3 (b) of the Convention stated that forced or compulsory labour did not include service of a military character. Having regard to the relevant international instruments and the full text of Article 4 § 3 (b) of the Convention, the Court considered that sub-paragraph 3 (b) did not cover work performed by regular members of the armed forces.

(b) *Compliance with Article 4 § 2* – The applicant must have been aware of the requirement to serve in the army for a certain number of years after obtaining his degree, this being the quid pro quo for studying free of charge and, throughout the training period, being paid a salary and having access to the welfare benefits available to regular members of the armed forces.

The calculation of the length of the engagement of officers who had received training through the army and the conditions for ending their engagement were matters falling within the State's margin of appreciation. The State's concern to secure a return on its investment in training and to ensure that there were sufficient supervisory personnel for an appropriate period in relation to the army's needs justified prohibiting officers from resigning for a certain time and making their early departure subject to a fee to cover the costs incurred during their training.

The requirement for medical officers wishing to leave the army before the end of their compulsory term of service to pay certain amounts to the State by way of reimbursement of the expenses incurred in training them was fully justified in the light of the privileges which they enjoyed in comparison with civilian medical students, such as job security and a salary. Thus, the actual principle of buying back the remaining years of service did not raise any issues in terms of the proportionality principle.

However, when the applicant had resigned he had been informed by the army that he had to pay the State a fee of some EUR 107,000 for the additional years remaining to be served. The Court of Audit had eventually reduced the fee payable to the State to approximately EUR 50,000. That amount could not be considered

unreasonable, given that it represented less than two-thirds of the amount he had received during the relevant time. Moreover, the Court of Audit had stayed the execution of the army's decision.

In May 2010, however, the Revenue Department of the Ministry of Finance had placed the applicant under an obligation to pay the sum due, on which interest of approximately 13% had already been charged. If he had not agreed to pay that amount in full, it would have been increased even further on account of the time required by the Court of Audit to reach its decision.

Furthermore, the decision of May 2007 had made no provision for paying the debt in instalments, even though the relevant legislation afforded that possibility.

Having regard to those circumstances, the applicant had been obliged under constraint to act as he had done. The authorities had disregarded two judicial decisions that were binding on them and had persisted in enforcing their initial decision of May 2007, which had stated that the payment process could not be suspended in the event of an appeal by the applicant. By requiring the immediate payment of the sum of about EUR 110,000, increased to approximately EUR 112,000 with interest, the tax authorities had imposed a disproportionate burden on the applicant.

*Conclusion:* violation (unanimously).

Article 41: EUR 5,000 in respect of non-pecuniary damage; claim in respect of pecuniary damage dismissed.

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

*Deweert v. Belgium*, 27 February 1980, Series A no. 35

*Georgoulis and Others v. Greece*, no. 38752/04, 21 June 2007

*Van der Musselle v. Belgium*, 23 November 1983, Series A no. 70

*W., X., Y. and Z. v. the United Kingdom*, nos. 3435/67 and 3 others, Commission decision of 19 July 1968, Yearbook 11



**In the case of Chitos v. Greece,**

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

Isabelle Berro, *President*,  
Khanlar Hajiyev,  
Mirjana Lazarova Trajkovska,  
Julia Laffranque,  
Paulo Pinto de Albuquerque,  
Linós-Alexandre Sicilianos,  
Erik Møse, *judges*,

and Søren Nielsen, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 12 May 2015,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 51637/12) against the Hellenic Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Greek national, Mr Georgios Chitos (“the applicant”), on 31 July 2012.

2. The applicant was represented by Mr K. Giannakopoulos, a lawyer practising in Athens. The Greek Government (“the Government”) were represented by their Agent’s delegates, Ms F. Dedousi and Ms K. Nasopoulou, Advisers at the State Legal Council, and Ms V. Stroubouli, Legal Assistant at the State Legal Council.

3. The applicant alleged a violation of Article 4 § 2 of the Convention, taken alone and in conjunction with Article 14 of the Convention.

4. On 27 September 2013 the Government were given notice of the application.

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

5. The applicant was born in 1968 and lives in Thessaloniki.

6. On 15 September 1986 he was admitted to the Corps Officers’ Military Academy (medical section). He was paid a salary and was granted welfare benefits. He pursued academic studies free of charge at the University of Thessaloniki’s Faculty of Medicine, taking the six-year degree course for medical professionals in the national health system.

7. On 3 June 1993, on completion of his studies, he was appointed to the rank of second lieutenant in the army medical corps.

8. In accordance with Article 64 § 1 of Legislative Decree no. 1400/1973 on the status of officers of the armed forces, as applicable at the material time, the applicant had undertaken to serve in the armed forces for a period corresponding to three times the duration of his studies at the military academy – that is, eighteen years. The relevant provision was later amended by section 1 of Law no. 3257/2004 and the period in question was reduced to twice the duration of his studies – that is, twelve years.

9. On 18 January 1996 the Army General Staff organised a competitive examination for the recruitment of medical specialists. Officers in the medical corps, such as the applicant, were invited to apply in order to acquire a specialist qualification. The applicant was attached to the 424 General Military Hospital in Thessaloniki, where he worked as an intern from 26 July 1996 to 30 July 1997. Subsequently, from 30 July 1997 to 27 July 2001, he occupied a paid supernumerary position (by virtue of section 8 of Law no. 123/1975) at the Papanikolaou General Regional Hospital in Thessaloniki as a junior doctor specialising in anaesthesiology.

10. After completing his specialist training, which lasted approximately five years – during which time he was paid his salary as an army officer – the applicant gave an undertaking, in accordance with Article 64 § 7 of Legislative Decree no. 1400/1973, to serve in the army for a further five years. He provided a sworn declaration to that effect as required by Article 67 § 10 of the Legislative Decree.

11. The applicant served in the armed forces until 22 January 2006, when he resigned at the age of 37 as an anaesthetist with the rank of colonel.

12. By a notice of 12 September 2006, the Army General Staff informed the applicant that, pursuant to Article 64 of Legislative Decree no. 1400/1973, he was required either to serve in the armed forces for a further nine years, four months and twelve days or to pay the State a fee calculated on the basis of the period remaining to be served.

13. In a decision of 26 May 2007, the accounts department of the Army General Staff assessed the amount of the fee at 106,960 euros (EUR). The decision stated that the applicant could apply to the Court of Audit for judicial review, but that the application would not have suspensive effect as far as the payment procedure was concerned.

14. On 25 June 2007 the applicant applied to the Fifth Division of the Court of Audit for judicial review of the notice of 12 September 2006. He argued that Article 64 of Legislative Decree no. 1400/1973 was in breach of Article 22 § 4 of the Constitution (prohibition of all forms of compulsory labour) and Article 4 § 2 of the Convention, taken alone and in conjunction

with Article 14. On 27 June 2007 the applicant also applied for a stay of execution of the decision of 26 May 2007.

15. On 5 July 2007 a division president of the Court of Audit made an interim order staying the execution of the decision of 26 May 2007. On 29 October 2007 the Fifth Division of the Court of Audit confirmed the stay of execution sought by the applicant.

16. In judgment no. 175/2009 of 13 February 2009, the Fifth Division of the Court of Audit dismissed the applicant's application for judicial review as ill-founded. It held in particular that the fee to be paid by the applicant did not constitute the menace of a penalty, did not infringe the proportionality principle, had been calculated objectively and was designed to ensure that the State was refunded the expenses it had incurred in training regular members of the armed forces, who were also paid a salary throughout their basic and specialist training.

17. On 3 March 2009 the applicant appealed on points of law to the plenary Court of Audit. On 4 March 2009 he applied to the same court for a stay of execution of the decision of 26 May 2007.

18. On 17 March 2009 the President of the plenary Court of Audit made an interim order staying the execution of the decision in question. On 18 March and 9 April 2009, while those proceedings were ongoing, the Thessaloniki Tax Office ordered the applicant to pay the sum of EUR 106,960, plus EUR 2,139.20 in stamp duty and EUR 427.84 to the agricultural insurance fund.

19. On 21 October 2009 the plenary Court of Audit confirmed the stay of execution sought by the applicant.

20. On 10 May 2010 the Revenue Department of the Ministry of Finance informed the applicant that because the amount assessed in the decision of 26 May 2007 had not been paid by the end of the previous year, interest of EUR 13,143.24 had been charged for late payment. It also informed him that if he paid the outstanding amount by 31 May 2010, he would be entitled to an 80% discount on the interest.

21. On 26 May 2010 the applicant deposited the sum of EUR 112,155.69 at the Thessaloniki Tax Office.

22. In judgment no. 3230/2011 of 7 December 2011 (served on the applicant on 10 February 2012), the plenary Court of Audit partly allowed the appeal on points of law.

23. It found that the failure to include a period of five years – which had been essential for the applicant to complete his specialist training – as part of his total length of service was in breach of the proportionality principle enshrined in Article 25 of the Constitution.

24. It held that the period during which a medical officer worked towards obtaining a specialist qualification formed part of the officer's actual military service. Accordingly, it quashed the Fifth Division's decision as regards the finding that the applicant's period of specialist training constituted years of study that should not be included in the calculation of his overall period of compulsory service.

25. It dismissed as ill-founded the ground of appeal alleging a violation of the Convention, reasoning as follows:

"Article 64 § 7 of [Legislative Decree no. 1400/1973] ... is compatible with the provisions of the Constitution, the Social Charter and the Convention, in view of the fact that during the period of five years the medical officer serves the armed forces that have trained him or her, and it achieves the aim pursued, namely providing supervisory personnel for the armed forces, without the officer being required to work. As to the fee to be calculated in accordance with Article 64 § 16, this is a means of offsetting the expenditure incurred by the State in training officers and on no account constitutes a penalty."

26. The plenary Court of Audit remitted the case to a different bench of the Fifth Division. The only question referred was that of the reassessment of the fee by counting the applicant's five years of specialist training as part of his overall length of service.

27. In judgment no. 4909/2013 of 12 December 2013 (served on the applicant on 10 January 2014), the Fifth Division of the Court of Audit varied the decision of 26 May 2007 issued by the accounts department of the Army General Staff by reducing the amount payable by the applicant to EUR 49,978.33.

28. In particular, the Court of Audit held, firstly, that the decision of 26 May 2007 was lawful in that the applicant had left the army before completion of the period of eighteen years' compulsory service. However, it found that the length of his remaining period of compulsory service was not nine years, four months and twelve days, as the Army General Staff had calculated, but four years, four months and ten days. It pointed out that the period already served by the applicant should have included his specialist training, which had begun on 26 July 1996 and ended on 27 July 2001, since, as judgment no. 3230/2011 had made clear, the period of specialist training was to be counted as part of the actual service performed.

29. On 13 March 2014 the State reimbursed the applicant the sum of EUR 59,749.61, corresponding to the difference between the payment he had already made and the amount determined in judgment no. 4909/2013.

30. According to information supplied by the Government, the applicant is now working in a large private hospital in Thessaloniki.

...

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 4 § 2 OF THE CONVENTION

53. The applicant submitted that the requirement imposed on him by domestic law to remain in the armed forces for what he considered a very lengthy period or to pay an excessively large fee to the State in return for ending his engagement constituted forced or compulsory labour, since it imposed a disproportionate burden and an unnecessary restriction on his freedom of employment. He relied on Article 4 § 2 of the Convention, which provides:

“No one shall be required to perform forced or compulsory labour.”

54. The Court considers it appropriate in the present case to refer in addition to the relevant parts of Article 4 § 3:

“3. For the purpose of this Article the term ‘forced or compulsory labour’ shall not include:

...

(b) any service of a military character or, in case of conscientious objectors in countries where they are recognised, service exacted instead of compulsory military service;”

...

### **B. Merits**

#### *1. The parties’ submissions*

##### **(a) The Government**

68. The Government submitted that the situation complained of in the present case did not amount to forced labour within the meaning of Article 4 § 2 of the Convention. They contended that following the applicant’s studies at the military academy, his appointment to the rank of second lieutenant and his specialist training, he had freely undertaken to serve in the armed forces for a period of twelve years, plus a further five years. He had been aware of that obligation, which was expressly prescribed by law, since the relevant statutory provisions formed part of the legal framework governing the career of a military medical officer and he had even personally benefited from the procedures and privileges available within that framework.

69. The Government further submitted that the applicant’s allegation that he had been required to obtain a specialist qualification was unfounded. There was no such obligation to undertake specialist training, which was a matter of relevance solely to the applicant’s own career. He had taken

part of his own free will in the competitive examination organised by the army for the recruitment of medical specialists; he had been afforded preferential treatment in that military medical officers were offered supernumerary positions as specialists; and he had benefited from the promotion opportunities available as a result of his specialist qualification (being promoted to the rank of colonel). The applicant had also had the opportunity – by virtue of Article 63 § 4 of Legislative Decree no. 1400/1973 on the status of officers of the armed forces, according to the Government – to practise medicine on a private basis.

70. In addition, the Government emphasised that the applicant had been offered a supernumerary position in order to obtain his specialist qualification, whereas civilian medical personnel had to wait for any vacancies to arise before being allocated a place, whether in order of merit or by drawing lots, when new posts were created. The applicant had thus acquired a specialist qualification without having to wait, complete any administrative formalities or incur any costs. Furthermore, throughout his specialist training he had received his salary as a military medical officer.

71. The Government further argued that the applicant was not complaining of a breach of the proportionality principle in his case and that the Court therefore had no jurisdiction to examine that issue. He had not alleged, even in the alternative, that the duration of his compulsory period of service should have been shorter or that he should have paid a smaller fee, but had simply stated that he should have been able to end his engagement without any restrictions and to choose when to leave the army.

72. As to the purpose and proportionality of the restrictions imposed on military medical officers by Article 64 of Legislative Decree no. 1400/1973, the Government referred to the reasoning of the Court of Audit's judgments nos. 2763/2013 and 3822/2013 ...

73. Lastly, the Government pointed out that the applicant had had the opportunity to avoid paying the sum to the tax office immediately and to await the judgment of the plenary Court of Audit by applying in advance for a stay of execution under Article 94 of Decree no. 721/1970 and Article 51 of Decree no. 1225/1981. He had also been entitled under domestic law to seek permission from the army to repay his debt in instalments. The Government were convinced that the army, enjoying discretion in such matters, would have taken into account the applicant's financial circumstances, the amount he owed and practice in this area.

**(b) The applicant**

74. Relying on *Van der Musselle v. Belgium* (23 November 1983, §§ 3435, Series A no. 70) and *Mihal v. Slovakia* ((dec.), no. 23360/08,

§§ 44-47, 28 June 2011), the applicant submitted that, while the burden imposed on him was not criminal in nature, it amounted to “the menace of a penalty”. In particular, it had had significant potential consequences that were sufficiently daunting to lead him to offer his services against his will under the “menace of a penalty”. In that connection, the Government had simply cited examples of similar regulations in other States and listed certain advantages that allegedly eased the burden on him.

75. The applicant, stating that he was relying on the *Van der Mussele* precedent (cited above), asserted that he had never “offered himself voluntarily” for the work in question. He accepted that he had chosen to become an army officer and therefore was compelled to abide by all the requirements associated with that choice. However, he had merely accepted a general status, which in his submission could not be said to amount to explicit consent to assume obligations that were contrary to the rights enshrined in the Convention. Furthermore, the army authorities had never informed him of his supposed obligation to serve in the army for an additional five years. The invitation issued on 18 January 1996 to officers – including himself – had simply been aimed at encouraging them to apply to undergo specialist training and thereby to gain additional experience that could improve their career prospects in the army.

76. As to whether the burden was reasonable, the applicant submitted that the opportunity for him to publish scientific articles or practise medicine on a private basis was not sufficient to counterbalance the burden imposed on him by the State. He pointed out that he was an anaesthetist and not a general practitioner. If the purpose of the fee in issue had been, as the Government maintained, to offset the costs borne by the State in training army officers, it should have been calculated on the basis of the training period (and not the entire period of compulsory service) and the amount of the corresponding expenses. Yet the Government had been unable to quantify the relevant sum.

77. The applicant further alleged that, despite the Government’s submissions to that effect, the present case did not fall within the scope of paragraph 3 (b) of Article 4 of the Convention; that paragraph dealt with conscription and was not applicable to regular members of the armed forces.

78. Lastly, the applicant asserted that not only had the authorities never given him the opportunity to pay the sum demanded in several instalments, but he had also been compelled to repay his debt by 31 May 2010 at the latest in order to avoid being charged the full amount of interest for late payment.

## 2. *The Court's assessment*

### (a) **Scope of the case**

79. The Court reiterates that the first adjective in the phrase “forced or compulsory labour” brings to mind the idea of physical or mental constraint. As regards the second adjective, it cannot refer just to any form of legal compulsion or obligation. For example, work to be carried out in pursuance of a freely negotiated contract cannot be regarded as falling within the scope of Article 4 on the sole ground that one of the parties has undertaken with the other to do that work and will be subject to sanctions if he does not honour his promise. What there has to be is work “exacted ... under the menace of any penalty” and also performed against the will of the person concerned, that is, work for which he “has not offered himself voluntarily” (see *Van der Mussele*, cited above, § 34).

80. As the Court has previously held, paragraph 3 of Article 4 is not intended to limit the exercise of the right guaranteed by paragraph 2, but to delimit the very content of this right, for it forms a whole with paragraph 2 and indicates what is not considered forced or compulsory labour (*ibid.*, § 38). In accordance with sub-paragraph 3 (b), forced or compulsory labour does not include “any service of a military character or, in case of conscientious objectors in countries where they are recognised, service exacted instead of compulsory military service”.

81. In its decision in *W., X., Y. and Z. v. the United Kingdom* (nos. 3435/67 and 3 others, Commission decision of 19 July 1968, Yearbook 11, p. 594), the European Commission of Human Rights held that Article 4 § 3 (b) applied not only to compulsory military service but to all military service, even when entered into voluntarily by regular members of the armed forces. This extensive interpretation of the exception in question, in relation to soldiers who had enlisted before reaching the age of majority, appears to have been based solely on the first part of sub-paragraph (b), which refers to “any service of a military character”.

82. Nevertheless, the Court notes that in the present case the Government have not relied on the exception in Article 4 § 3 (b), apparently taking the view that that provision was not applicable in the case of the applicant, a regular member of the medical corps.

83. In any event, the Court considers that sub-paragraph 3 (b) of Article 4 must be viewed as a whole. A reading of the entire sub-paragraph in its context suggests, for two reasons, that it applies to compulsory military service in States where such a system is in place: firstly, through the reference to conscientious objectors, who will obviously be conscripts and not professional military personnel and, secondly, through the explicit reference

to compulsory military service at the end of the sub-paragraph. The Court refers in this connection to the general principle that exceptions to a rule must be strictly construed. This is all the more valid in that the prohibitions set forth in Article 4 §§ 1 and 2 of the Convention form part of the core Convention rights.

84. The Court further notes that Article 2 § 2 (a) of the International Labour Organisation Convention no. 29 provides that forced or compulsory labour does not include “any work or service exacted in virtue of compulsory military service laws for work of a purely military character”, which implies that this exception applies solely in the case of conscription.

85. Similarly, the Council of Europe’s European Committee of Social Rights has, when examining the issue of forced labour, made a distinction between the situation of regular members of the armed forces and that of conscripts. The Committee’s conclusions concerning various countries, including Greece, indicate that it has found that the excessive length of the period during which regular officers were required to remain in service was a ground for non-compliance with Article 1 § 2 of the European Social Charter, on the prohibition of forced labour ...

86. Furthermore, Recommendation CM/Rec(2010)4 of the Committee of Ministers to member States on human rights of members of the armed forces states that the authorities should not impose on members of the armed forces a requirement to serve for a period which would be unreasonable and would amount to forced labour ...

87. On the basis of all these factors, the Court considers, in accordance with the object and purpose of the Convention, that sub-paragraph 3 (b) of Article 4 does not cover work undertaken by regular members of the armed forces. The Court is therefore called upon in the present case to examine the question of compliance with Article 4 § 2.

**(b) Compliance with Article 4 § 2**

88. With this in mind, the Court must ascertain in the present case whether the applicant “offered himself voluntarily” for the work in question, having had prior knowledge of all the possible consequences, and whether his decision not to carry on performing the work up to the end of the period prescribed by law may have been affected by “the menace of a penalty”.

89. The Court observes that the applicant was admitted to the Corps Officers’ Military Academy (medical section) in 1986, and on that basis enrolled on a six-year medical degree course at the University of Thessaloniki’s Faculty of Medicine. During that time he was paid a salary. On 3 June 1993, after completing the course, he was appointed to the rank of second lieutenant in the army medical corps and, in accordance with

Article 64 § 1 of Legislative Decree no. 1400/1973, undertook to serve for a period corresponding to three times the duration of his studies – that is, eighteen years.

90. Later, at the invitation of the army, the applicant decided to specialise in anaesthesiology and, through the army, obtained a placement as an intern in the 424 General Military Hospital in Thessaloniki from 26 July 1996 to 30 July 1997. He was subsequently offered a paid position, again through the army, in the Papanikolaou General Regional Hospital in Thessaloniki from 30 July 1997 to 27 July 2001, as a junior doctor specialising in anaesthesiology. After completing his specialist training, he was required by Article 64 § 7 of Legislative Decree no. 1400/1973 to serve in the armed forces for a further five years.

91. The Court notes that while the applicant was undergoing his specialist training, a new Law (no. 3257/2004) came into force, altering the conditions for the early departure of officers. Section 1 of the Law reduced the length of compulsory service for officers to twice the duration of their studies at military academy, while maintaining the requirement for officers who had acquired a specialist qualification to serve for a further five years and affording them the opportunity to end their engagement before completing the prescribed term of service by paying the State a fee corresponding to the basic wage for their grade multiplied by the number of months remaining to be served. Accordingly, the Court's examination of whether the work required of the applicant was forced or compulsory in nature will have regard to the legislative framework in force on 22 January 2006, the date of his decision to resign at the age of 37.

92. The Court notes at the outset that the applicant cannot legitimately maintain that he was unaware of the rationale and scope of the obligations he had entered into when embarking on a career as an officer in the army medical corps. One of the main benefits deriving from enlistment in the armed forces is being able to study free of charge. The armed forces cover the tuition fees of the officers concerned during their course, pay them a salary and grant them access to the welfare benefits available to regular members of the forces. In return, they require them to undertake to serve for a certain number of years after obtaining their qualification.

93. The Court notes that the requirement in the original version of Article 64 of Legislative Decree no. 1400/1973 for officers to serve for a period corresponding to three times the duration of their studies without the possibility of ending their engagement was found by the Supreme Administrative Court (judgment no. 1571/2010) to be in breach of Article 1 § 2 of the European Social Charter. This requirement was relaxed with the

entry into force on 29 July 2004 of Law no. 3257/2004, which formed the basis for the calculation of the fee payable by the applicant.

94. The Court considers that the requirement for army officers to continue serving for a specified period after the end of their training is an integral part of the duties they assume. The calculation of the length of the engagement of officers who have received training through the army and the conditions for ending their engagement are matters falling within the State's margin of appreciation. The State's concern to secure a return on investment in the training of army and medical corps officers and to ensure that the army has sufficient supervisory personnel for an appropriate period in relation to its needs justifies prohibiting officers from resigning for a certain time and making their early departure subject to a fee to cover the living expenses and tuition costs which the State covered during their training, when it also paid them a salary and granted them welfare benefits.

95. In this connection, the Court considers it relevant to refer to the reasoning in the Court of Audit's judgments nos. 2763/2013 and 3822/2013 to the effect that the regulations in issue were intended, among other things, to avoid sudden and premature mass departures of officers and the risk of undermining the country's defence capabilities.

96. It remains to be determined whether the applicant was subjected to a disproportionate burden, the only factor that could lead the Court to find a violation of Article 4 § 2 of the Convention in the present case.

97. In *Van der Musselle* (cited above, § 37) the Court held that if a service that was required in order to gain access to a given profession imposed a burden which was so excessive or disproportionate to the advantages attached to the future practice of that profession that the service could not be treated as "having been voluntarily accepted", the service in question fell within the prohibition of compulsory labour. In order to determine whether the obligations imposed on the applicant prevailed over the advantages linked to his chosen profession, the Court will not consider the situation at the time when he was admitted to the military academy and opted to acquire a specialist qualification, but rather in 2004, when the law amending Legislative Decree no. 1400/1973 took effect, since the Legislative Decree as amended was the law in force at the time when the applicant decided to end his engagement and he had to comply with the requirements set out therein.

98. The Court cannot ignore the fact that it was through the intermediary of the army that the applicant pursued his medical studies and obtained his specialist qualification as an anaesthetist by working from 1996 to 2001, initially at the 424 General Military Hospital in Thessaloniki and later at the Papanikolaou General Regional Hospital in Thessaloniki.

It observes in this connection that section 38(2) of Law no. 1397/1983 prohibited doctors from undertaking specialist training in hospitals beyond the number of available places, but provided that supernumerary positions of this kind could be created for regular medical officers in the armed forces, a possibility of which the applicant took advantage. Furthermore, Greek legislation gives officers such as the applicant a choice between serving for a specified period in the armed forces and resigning before the end of their fixed engagement in exchange for a fee.

99. The Court also notes that, following the entry into force of the above-mentioned Law no. 3257/2004, officers in the army medical corps, such as the applicant, were permitted to practise medicine on a private basis outside their working hours.

100. These aspects show that during their ordinary and specialist training, military medical officers are entitled to privileges that are not available to civilian medical students, such as job security. Bearing in mind the additional fact that military medical officers receive a salary for the duration of their studies, there is ample justification for the requirement for those wishing to leave the army before the end of their compulsory term of service to pay certain sums to the State by way of reimbursement of the expenses incurred in training them. The Court therefore considers that the actual principle of buying back the remaining years of service does not raise any issues in terms of the proportionality principle.

101. However, the Court takes the view that the conditions governing the buying-back process may in certain cases contribute to upsetting the balance that has to be struck between the protection of the individual right of the officer concerned and that of the interests of the community.

102. In the present case the Court notes, firstly, that when the applicant tendered his resignation the Army General Staff informed him that he was required to serve for a further nine years, four months and twelve days or, failing that, to pay the State a fee of EUR 106,960 (decision of 26 May 2007). It observes, secondly, that the Court of Audit eventually concluded on 12 December 2013 that the applicant's five years of specialist training should be counted as part of the overall period of eighteen years' compulsory service and accordingly reduced the fee payable to the State to EUR 49,978.33.

103. The Court notes that neither the applicant nor the Government were able to indicate the precise amount of the salary and allowances received by the applicant during his degree course and his specialist training as an anaesthetist. However, it observes that according to their own estimations, the applicant and the Government agreed that he must have received a total

amount of between EUR 86,976 and EUR 91,476 during the periods from September 1986 to June 1993 and from August 1996 to July 2001.

104. The Court observes that the sum of EUR 49,978.33, which the applicant was eventually asked to pay in accordance with the Court of Audit's judgment of 12 December 2013, represented less than two-thirds of the total amount he had received during the relevant time (between EUR 86,976 and EUR 91,476) and cannot on that account be considered unreasonable.

105. The Court further notes that, following a request by the applicant to that effect, the President of the plenary Court of Audit made an interim order on 17 March 2009 staying the execution of the decision of 26 May 2007, and that the stay of execution was confirmed on 21 October 2009 by the plenary Court of Audit.

106. The stay of execution did not prevent the Thessaloniki Tax Office from ordering the applicant, on 18 March and 9 April 2009, to pay the sum of EUR 109,527, comprising the above-mentioned fee of EUR 106,960, plus EUR 2,139.20 in stamp duty and EUR 427.84 to the agricultural insurance fund. On 10 May 2010 the Revenue Department of the Ministry of Finance informed the applicant that, because the amount due had not been paid by the end of the previous year, interest of EUR 13,143.24 had been charged for late payment. It also informed him that if he paid the outstanding amount by 31 May 2010, he would be entitled to an 80% discount on the interest. On 26 May 2010 the applicant deposited the sum of EUR 112,155.69 at the Thessaloniki Tax Office.

107. Despite the stay of execution granted to the applicant, first by the President of the plenary Court of Audit and subsequently by the plenary Court of Audit itself, and notwithstanding the fact that the proceedings before the plenary Court of Audit had scarcely begun, the intervention of the Revenue Department of the Ministry of Finance on 10 May 2010 meant that he was required to pay the sum due, on which interest of between 12% and 13% had already been charged. If he had not agreed to pay that amount in full, it would have been increased even further on account of the time required by the Court of Audit to reach its decision.

108. In addition, the Court notes that, while Article 3 § 1 of the State Revenue Collection Code and Article 96 of Legislative Decree no. 721/1970, as interpreted by Opinion no. 120/2002 of the State Legal Council, provide that debts owed by officers to the armed forces may be paid in instalments, that option has to be mentioned in the decision imposing the fee. However, no such information was included in the decision of 26 May 2007.

109. Having regard to these circumstances, the Court has no doubt that the applicant was obliged under constraint to act as he did (see,

*mutatis mutandis*, *Deweer v. Belgium*, 27 February 1980, § 51, Series A no. 35). The Court observes that the authorities disregarded two judicial decisions that were binding on them and persisted in enforcing their initial decision of 26 May 2007, which stated that the payment process could not be suspended in the event of an appeal by the applicant (see, *mutatis mutandis*, *Georgoulis and Others v. Greece*, no. 38752/04, § 25, 21 June 2007). By requiring the immediate payment of the sum of EUR 109,527, increased to EUR 112,155.69 with interest, the tax authorities imposed a disproportionate burden on the applicant.

There has therefore been a violation of Article 4 § 2 of the Convention.

...

FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,

...

2. *Holds* that there has been a violation of Article 4 § 2 of the Convention;

...

Done in French, and notified in writing on 4 June 2015, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Søren Nielsen  
Registrar

Isabelle Berro  
President

CHITOS c. GRÈCE  
(*Requête n° 51637/12*)

PREMIÈRE SECTION

ARRÊT DU 4 JUIN 2015<sup>1</sup>

---

1. Texte français original. Extraits.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Demande de paiement par l'administration, en dépit du sursis à l'exécution de la décision, d'une indemnité due par un médecin de l'armée pour pouvoir démissionner avant la fin de sa période de service**

Le paiement immédiat, sous la contrainte d'une demande de l'administration, de la totalité d'une somme due majorée d'intérêts, en dépit du sursis à l'exécution de la décision litigieuse accordé à un militaire de carrière pour pouvoir démissionner avant la fin de sa période de service et bien que la procédure devant la formation plénière de la Cour des comptes eût à peine été entamée, est considéré comme un travail forcé ou obligatoire et emporte violation de l'article 4 § 2 (paragraphe 107 et 109 de l'arrêt).

**Article 4**

*Travail forcé – Demande de paiement par l'administration, en dépit du sursis à l'exécution de la décision, d'une indemnité due par un médecin de l'armée pour pouvoir démissionner avant la fin de sa période de service – Travail entrepris par des militaires de carrière pouvant être considéré comme travail forcé ou obligatoire – Obligation de s'engager à servir l'armée pendant un certain nombre d'années après l'obtention du diplôme – Durée et rupture de l'engagement des officiers – Marge d'appréciation – Principe du rachat des années de service restantes – Proportionnalité – Somme raisonnable – Majorée d'intérêts d'un montant d'environ 13 % – Risque d'augmentation jusqu'à la décision de la Cour des comptes – Absence d'échelonnement de la dette – Action sous la contrainte – Charge disproportionnée*

\*

\* \*

*En fait*

Le requérant reçut une formation de médecin militaire pour laquelle il s'engagea, en application de la loi en vigueur, à servir dans les forces armées pour une période correspondant à trois fois la durée de ses études, soit dix-huit ans. Puis il acquit une spécialisation d'anesthésiste aux frais de l'armée qui ajouta cinq ans supplémentaires à son engagement. Le requérant décida de démissionner. L'armée estima alors qu'il devait la servir encore environ neuf ans et quatre mois ou verser une indemnité à l'État d'environ 107 000 euros (EUR). La Cour des comptes accorda un sursis provisoire à l'exécution de cette décision. Le recours en annulation de la décision

---

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

fut rejeté et le requérant se pourvut en cassation. Le centre des impôts demanda cependant au requérant de verser la somme à laquelle s'ajoutait environ 2 500 EUR pour frais divers. En octobre 2009, le sursis à exécution fut confirmé. En mai 2010, le requérant fut informé que des intérêts de retard avaient été ajoutés et qu'il devait par conséquent environ 112 000 EUR avant le 31 mai 2010. Il s'acquitta de la somme dans le délai imparti.

En décembre 2011, la formation plénière de la Cour des comptes accueillit partiellement le pourvoi et renvoya l'affaire à une autre chambre. En décembre 2013, elle estima que les cinq ans de spécialisation du requérant devaient être intégrés à la période totale d'obligation de service et ramena en conséquence le montant de l'indemnité à environ 50 000 EUR. L'État remboursa ainsi au requérant la somme d'environ 60 000 EUR.

*En droit*

Article 4 § 2 :

a) *Portée de l'affaire* – L'article 4 § 3 b) de la Convention mentionne que tout service de caractère militaire n'est pas considéré comme travail forcé ou obligatoire. À la lecture des textes internationaux pertinents et de l'article 4 § 3 b) de la Convention dans son ensemble, la Cour estime que le paragraphe 3 b) ne couvre pas le travail entrepris par des militaires de carrière.

b) *Observation de l'article 4 § 2* – Le requérant ne pouvait ignorer l'obligation de s'engager à servir l'armée pendant un certain nombre d'années après l'obtention de son diplôme, corollaire de la gratuité des études, du salaire versé et du bénéfice des avantages sociaux reconnus aux militaires de carrière durant la formation.

Le calcul de la durée de l'engagement des officiers formés par l'armée et les modalités de rupture de cet engagement relèvent de la marge d'appréciation des États. Le souci de l'État de rentabiliser son investissement pour la formation et d'assurer un encadrement suffisant pendant une période adéquate par rapport aux besoins de l'armée justifie d'interdire le désengagement pendant une certaine période et de le soumettre au versement d'une indemnité pour couvrir les frais engendrés lors de la formation.

L'obligation pour les médecins militaires qui souhaitent quitter l'armée avant la fin de la période d'obligation de service de verser à l'État certaines sommes en remboursement des frais que ce dernier a engagés pour les former se justifie pleinement au regard des privilèges dont ils bénéficient par rapport aux étudiants en médecine civils, tels que la sécurité de l'emploi et le salaire versé. Ainsi le principe même du rachat des années de service restantes ne soulève pas de problème au regard du principe de la proportionnalité.

Toutefois, lors de sa démission, le requérant a été informé par l'armée qu'il devait verser à l'État une indemnité d'environ 107 000 EUR pour les années qu'il devait encore honorer. La Cour des comptes a finalement ramené le montant de l'indemnité à verser à l'État à environ 50 000 EUR. Cette somme ne saurait être considérée

comme déraisonnable vu qu'elle s'élevait à moins des deux tiers de la somme qu'il avait perçue pendant la période litigieuse. De surcroît, la Cour des comptes avait suspendu l'exécution de la décision de l'armée.

Or, en mai 2010, la direction des impôts du ministère des Finances a mis le requérant dans l'obligation de payer la somme due déjà majorée d'intérêts d'un montant d'environ 13 %. Et, s'il n'avait pas consenti à verser l'intégralité de la somme, il aurait vu celle-ci augmenter davantage en raison du laps de temps nécessaire à la Cour des comptes pour statuer.

En outre, la décision de mai 2007 ne prévoyait pas l'échelonnement de la dette alors que la loi prévoit cette possibilité.

Eu égard à ces circonstances, le requérant a été obligé d'agir ainsi sous la contrainte. Les autorités ont passé outre deux décisions judiciaires qui étaient contraignantes à leur égard et ont persisté à faire exécuter leur décision initiale de mai 2007, qui précisait que la procédure de paiement ne saurait être suspendue par un recours éventuel du requérant. En obligeant le requérant à verser immédiatement la somme d'environ 110 000 EUR majorée à environ 112 000 EUR par l'imputation d'intérêts, les autorités fiscales ont créé une charge disproportionnée pour l'intéressé.

*Conclusion*: violation (unanimité).

Article 41 : 5 000 EUR pour préjudice moral; demande pour dommage matériel rejetée.

### **Jurisprudence citée par la Cour**

*Deweer c. Belgique*, 27 février 1980, série A n° 35

*Georgoulis et autres c. Grèce*, n° 38752/04, 21 juin 2007

*Van der Musselle c. Belgique*, 23 novembre 1983, série A n° 70

*W., X., Y. et Z. c. Royaume-Uni*, n°s 3435/67 et 3 autres, décision de la Commission du 19 juillet 1968, Annuaire 11



**En l'affaire Chitos c. Grèce,**

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

Isabelle Berro, *présidente*,  
Khanlar Hajiyev,  
Mirjana Lazarova Trajkovska,  
Julia Laffranque,  
Paulo Pinto de Albuquerque,  
Linos-Alexandre Sicilianos,  
Erik Møse, *juges*,

et de Søren Nielsen, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 12 mai 2015,

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

**PROCÉDURE**

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 51637/12) dirigée contre la République hellénique et dont un ressortissant de cet État, M. Georgios Chitos (« le requérant »), a saisi la Cour le 31 juillet 2012 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Le requérant a été représenté par M<sup>e</sup> K. Giannakopoulos, avocat à Athènes. Le gouvernement grec (« le Gouvernement ») a été représenté par les déléguées de son agent, M<sup>me</sup> F. Dedousi et M<sup>me</sup> K. Nasopoulou, assesseurs auprès du Conseil juridique de l'État, et M<sup>me</sup> V. Stroubouli, auditrice auprès du Conseil juridique de l'État.

3. Le requérant se plaignait d'une violation de l'article 4 § 2 de la Convention, pris isolément et combiné avec l'article 14 de la Convention.

4. Le 27 septembre 2013, la requête a été communiquée au Gouvernement.

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

5. Le requérant est né en 1968 et réside à Thessalonique.

6. Le 15 septembre 1986, il fut admis à l'École militaire des officiers des corps d'armée (section médecine). Il percevait un salaire et bénéficiait d'avantages sociaux. Il suivit gratuitement la formation académique des médecins du service de santé, d'une durée de six ans, à la faculté de médecine de l'université de Thessalonique.

7. Le 3 juin 1993, à l'issue de ses études, il fut nommé médecin sous-lieutenant de l'armée de terre.

8. Aux termes de l'article 64 § 1 du décret-loi n° 1400/1973 relatif au statut des officiers des forces armées, en vigueur à l'époque des faits, le requérant s'était engagé à servir dans les forces armées pour une période correspondant à trois fois la durée de ses études à l'école militaire, soit dix-huit ans. Cette disposition fut modifiée par l'article 1 de la loi n° 3257/2004 et la période en question fut réduite à deux fois la durée des études, soit douze ans.

9. Le 18 janvier 1996, le quartier général de l'armée de terre organisa un concours pour pourvoir des postes de spécialistes. Les officiers médecins, tel le requérant, furent invités à participer à ce concours afin d'acquérir une spécialisation. Le requérant fut intégré à l'hôpital général militaire 424 de Thessalonique, où il assuma, du 26 juillet 1996 au 30 juillet 1997, des fonctions d'assistant interne. Par la suite, du 30 juillet 1997 au 27 juillet 2001, il occupa, en surnombre (en vertu de l'article 8 de la loi n° 123/1975), à l'hôpital général régional Papanikolaou de Thessalonique, un poste de médecin assistant rémunéré se spécialisant en anesthésiologie.

10. Après avoir achevé cette spécialisation d'une durée de cinq ans environ, au cours de laquelle il perçut son salaire d'officier, le requérant s'engagea, conformément à l'article 64 § 7 du décret-loi n° 1400/1973, à servir dans l'armée pendant cinq ans supplémentaires. Il fournit une attestation sur l'honneur conformément à l'article 67 § 10 du décret-loi susmentionné.

11. Le requérant servit dans l'armée jusqu'au 22 janvier 2006, date à laquelle il démissionna, à l'âge de trente-sept ans, avec le grade de médecin colonel anesthésiste.

12. Par un acte du 12 septembre 2006, le quartier général de l'armée de terre informa le requérant que, en vertu de l'article 64 du décret-loi n° 1400/1973, il devait soit servir dans l'armée pour une période supplémentaire de neuf ans, quatre mois et douze jours, soit verser à l'État une indemnité qui serait calculée sur la base de la période restant à servir.

13. Par une décision du 26 mai 2007, le service comptable du quartier général de l'armée de terre estima le montant de cette indemnité à 106 960 euros (EUR). La décision précisait que le requérant pouvait introduire devant la Cour des comptes un recours qui ne pouvait avoir d'effet suspensif en ce qui concernait la procédure de paiement.

14. Le 25 juin 2007, le requérant saisit la V<sup>e</sup> chambre de la Cour des comptes d'un recours en annulation de l'acte du 12 septembre 2006. Il soutenait que l'article 64 du décret-loi n° 1400/1973 était contraire à l'article 22 § 4 de la Constitution (interdiction de toutes les sortes de travail obligatoire) et à l'article 4 § 2 de la Convention, pris isolément et combiné avec l'article 14 de celle-ci. Le 27 juin 2007, le requérant déposa

aussi une demande de sursis à l'exécution de la décision du 26 mai 2007 susmentionnée.

15. Le 5 juillet 2007, un président de chambre de la Cour des comptes émit un ordre provisoire par lequel il suspendait l'exécution de la décision du 26 mai 2007. Le 29 octobre 2007, la V<sup>e</sup> chambre de la Cour des comptes confirma le sursis à exécution sollicité.

16. Par un arrêt n° 175/2009 du 13 février 2009, la V<sup>e</sup> chambre de la Cour des comptes rejeta comme mal fondé le recours en annulation du requérant. Elle considéra notamment que l'indemnité que devait verser le requérant ne constituait pas une menace de sanction, ne méconnaissait pas le principe de la proportionnalité, était calculée de manière objective et avait pour but de faire rembourser à l'État les dépenses que celui-ci avait engagées pour former des militaires de carrière auxquels il versait d'ailleurs un salaire tout au long de leur formation et de leur spécialisation.

17. Le 3 mars 2009, le requérant se pourvut en cassation contre cet arrêt devant la formation plénière de la Cour des comptes. Le 4 mars 2009, il déposa aussi devant elle une demande de sursis à l'exécution de la décision du 26 mai 2007.

18. Le 17 mars 2009, le président de la formation plénière de la Cour des comptes émit un ordre provisoire par lequel il suspendait l'exécution de la décision susmentionnée. Parallèlement, le 18 mars, puis le 9 avril 2009, le centre des impôts de Thessalonique somma le requérant de verser la somme de 106 960 EUR, augmentée du montant d'un timbre fiscal de 2 139,20 EUR et d'un montant de 427,84 EUR au bénéfice de l'organisme d'assurances agricoles.

19. Le 21 octobre 2009, la formation plénière de la Cour des comptes confirma le sursis à exécution sollicité.

20. Le 10 mai 2010, la direction des impôts du ministère des Finances informa le requérant que, en raison du non-versement pendant l'année écoulée de la somme fixée par la décision du 26 mai 2007, la somme en question avait été grevée d'intérêts de retard d'un montant de 13 143,24 EUR. Elle l'informait aussi que, s'il réglait la somme due le 31 mai 2010 au plus tard, il pourrait bénéficier d'une remise de 80 % sur les intérêts.

21. Le 26 mai 2010, le requérant déposa la somme de 112 155,69 EUR au centre des impôts de Thessalonique.

22. Par un arrêt n° 3230/2011 du 7 décembre 2011 (notifié au requérant le 10 février 2012), la formation plénière de la Cour des comptes accueillit partiellement le pourvoi.

23. Elle considéra que le fait de ne pas inclure une période de cinq ans – nécessaire au requérant pour achever sa spécialisation – dont la durée totale

des années de service dues était contraire au principe de proportionnalité garanti par l'article 25 de la Constitution.

24. Elle estima que les années ayant pour but l'acquisition d'une spécialité faisaient partie du service militaire réel effectué par l'officier médecin. Par conséquent, elle infirma la décision de la V<sup>e</sup> chambre dans la mesure où celle-ci avait estimé que les années de spécialisation étaient des années d'études qui ne devraient pas être prises en compte dans le calcul des obligations de service assumées par le requérant.

25. Elle rejeta comme mal fondé le moyen relatif à la violation de la Convention pour les motifs suivants :

«L'article 64 § 7 du décret-loi (...) est compatible avec les dispositions de la Constitution, de la Charte sociale et de la Convention, compte tenu du fait que pendant la période de cinq ans l'officier médecin prête ses services aux forces armées qui ont assuré sa formation, et atteint le but poursuivi, à savoir l'encadrement des forces armées, sans qu'il soit obligé de travailler. Quant à l'indemnité telle qu'elle doit être calculée en application de l'article 64 § 16, elle est un moyen de compenser les frais engagés par l'État pour la formation des officiers et ne constitue en aucun cas une sanction.»

26. La formation plénière de la Cour des comptes renvoya l'affaire à la V<sup>e</sup> chambre siégeant dans une composition différente. Le renvoi était limité à la question de la révision de l'acte d'imputation de l'indemnité en prenant en compte au titre des années de service la période de spécialisation de cinq ans du requérant.

27. Par un arrêt n° 4909/2013 du 12 décembre 2013 (notifié au requérant le 10 janvier 2014), la V<sup>e</sup> chambre de la Cour des comptes amenda la décision du 26 mai 2007 du service comptable du quartier général de l'armée en réduisant la somme due par le requérant à 49 978,33 EUR.

28. Plus particulièrement, la Cour des comptes considéra d'abord que la décision du 26 mai 2007 susmentionnée était légale, car le requérant avait quitté l'armée avant la fin de la période obligatoire de service de dix-huit ans. Elle releva cependant que la durée de service obligatoire qu'il avait encore à effectuer n'était pas de neuf ans, quatre mois et douze jours, comme l'avait calculé le quartier général de l'armée, mais de quatre ans, quatre mois et dix jours. Elle souligna qu'il aurait fallu inclure dans le temps de service écoulé la durée des études de spécialisation du requérant, qui avaient débuté le 26 juillet 1996 et s'étaient achevées le 27 juillet 2001, car, ainsi que l'avait précisé l'arrêt n° 3230/2011, la durée de la spécialisation devait être comptée comme faisant partie du service effectif.

29. Le 13 mars 2014, l'État remboursa au requérant la somme de 59 749,61 EUR, qui correspondait à la différence entre la somme déjà versée par lui et celle fixée par l'arrêt n° 4909/2013 susmentionné.

30. Selon les informations fournies par le Gouvernement, le requérant travaille désormais dans un grand hôpital privé de Thessalonique.  
(...)

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 4 § 2 DE LA CONVENTION

53. Le requérant soutient que l'obligation que lui imposait la législation nationale de rester en service dans l'armée pendant une période à ses yeux très longue ou de verser à l'État une somme, excessive selon lui, en contrepartie de la rupture de son engagement constitue un travail forcé ou obligatoire, car elle pèserait de manière disproportionnée sur la liberté de travail et serait une restriction non nécessaire à celle-ci. Il invoque à cet égard l'article 4 § 2 de la Convention, ainsi libellé :

« Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire. »

54. La Cour estime opportun dans la présente affaire d'indiquer aussi les termes pertinents de l'article 4 § 3 :

« 3. N'est pas considéré comme « travail forcé ou obligatoire » au sens du présent article :

(...)

b) tout service de caractère militaire ou, dans le cas d'objecteurs de conscience dans les pays où l'objection de conscience est reconnue comme légitime, un autre service à la place du service militaire obligatoire ; »

(...)

### B. Sur le fond

#### 1. Arguments des parties

##### a) Le Gouvernement

68. Le Gouvernement soutient que la situation dénoncée en l'espèce ne constitue pas un cas de travail forcé au sens de l'article 4 § 2 de la Convention. Il indique que, après ses études à l'école militaire, sa nomination au grade de sous-lieutenant et sa spécialisation, le requérant a assumé de son plein gré l'obligation de servir au sein des forces armées pour une durée de douze ans augmentée de cinq ans. Il ajoute que l'intéressé avait connaissance de cette obligation, qui aurait été expressément prévue par la loi, car les dispositions l'énonçant auraient fait partie du cadre régissant la carrière d'un officier médecin, et qu'il a même fait usage des procédures énoncées par ce cadre normatif et bénéficié de privilèges offerts par celui-ci.

69. Le Gouvernement soutient également que l'allégation du requérant selon laquelle il était obligé d'acquérir une spécialisation n'est pas fondée. Pareille spécialisation ne serait pas obligatoire et ne serait entrée en ligne de compte que pour la carrière de l'intéressé. Celui-ci aurait participé de son plein gré au concours organisé par l'armée de terre pour pourvoir des postes de spécialistes, il aurait bénéficié d'un traitement préférentiel consistant à placer en surnombre des officiers médecins à des postes de médecins en spécialisation et il aurait bénéficié des possibilités de promotion (il aurait été promu commandant) qu'aurait ouvertes l'acquisition d'une telle spécialité. De plus, le requérant aurait eu la possibilité, en vertu, selon le Gouvernement, de l'article 63 § 4 du décret-loi n° 1400/1973 relatif au statut des officiers des forces armées, d'exercer dans le privé la profession de médecin.

70. En outre, le Gouvernement répète que le requérant a été placé en surnombre pour obtenir sa spécialisation alors que les médecins civils auraient dû attendre que des postes se libèrent pour être placés, par ordre de priorité ou par tirage au sort, lors de la création de nouveaux postes. L'intéressé aurait ainsi acquis une spécialisation sans avoir été obligé d'attendre, d'entreprendre une quelconque démarche et d'en assumer les frais. De plus, pendant toute la durée de sa spécialisation, il aurait perçu son salaire de médecin militaire.

71. Par ailleurs, le Gouvernement soutient que le requérant ne se plaint pas d'une rupture du principe de la proportionnalité dans son cas et que, par conséquent, la Cour n'a pas compétence pour examiner une telle question. Il ajoute que l'intéressé n'a pas allégué, même à titre subsidiaire, que la durée de son obligation de service devait être plus courte ou qu'il devait verser une indemnité moins importante, mais qu'il s'est borné à déclarer qu'il aurait dû pouvoir rompre son engagement sans restriction et choisir le moment de son départ de l'armée.

72. Quant au but et à la proportionnalité des restrictions imposées aux officiers médecins par l'article 64 du décret-loi n° 1400/1973, le Gouvernement renvoie aux considérants des arrêts n° 2763/2013 et n° 3822/2013 de la Cour des comptes (...)

73. Enfin, le Gouvernement précise que le requérant avait la possibilité de ne pas verser immédiatement la somme due au centre des impôts et d'attendre le prononcé de l'arrêt de la formation plénière de la Cour des comptes en déposant au préalable une demande de sursis à exécution sur le fondement des articles 94 du décret n° 721/1970 et 51 du décret n° 1225/1981. Il indique que le droit interne offrait également à l'intéressé la possibilité de demander à l'armée de l'autoriser à s'acquitter de sa dette envers elle de manière échelonnée. Il se dit persuadé que l'armée, disposant

selon lui d'un pouvoir discrétionnaire à cet égard, aurait pris en compte la situation financière du requérant, le montant de sa dette et la pratique en la matière.

**b) Le requérant**

74. Invoquant l'arrêt *Van der Mussele c. Belgique* (23 novembre 1983, §§ 34-35, série A n° 70) et la décision *Mihal c. Slovaquie* ((déc.) n° 23360/08, §§ 44-47, 28 juin 2011), le requérant soutient que la charge qui lui a été imposée, même si elle n'était pas de nature pénale, constituait « la menace d'une peine ». Il indique en particulier que cette charge a entraîné des conséquences potentielles considérables, suffisamment redoutables pour l'amener à offrir ses services contre sa volonté sous « la menace d'une sanction ». Il allègue à cet égard que le Gouvernement se borne à citer des exemples de réglementation similaire dans d'autres États et à énumérer certains avantages qui atténueraient la lourdeur de la charge.

75. Le requérant, déclarant se référer à la jurisprudence *Van der Mussele*, précitée, allègue qu'il ne s'est jamais « offert de son plein gré » à fournir le travail en question. Il admet qu'il a choisi de devenir officier de l'armée et qu'il lui fallait par conséquent souscrire à toutes les exigences attachées à ce choix. Il précise toutefois qu'il n'a fait qu'accepter un statut de nature générale, ce qui ne peut, à ses yeux, être assimilé à un consentement exprès à assumer des obligations contraires aux droits garantis par la Convention. Il soutient par ailleurs que les autorités de l'armée ne l'ont jamais informé de l'obligation qui aurait été la sienne de servir au sein de l'armée pour une durée supplémentaire de cinq ans. Il affirme que l'invitation lancée le 18 janvier 1996 aux officiers – dont lui-même – avait seulement pour but de les inciter à postuler pour acquérir une spécialité et pour gagner ainsi une expérience additionnelle susceptible de leur ouvrir de meilleures perspectives de carrière dans l'armée.

76. Quant à la question du caractère raisonnable de la charge, le requérant soutient que la possibilité pour lui de publier des articles scientifiques ou d'exercer la médecine dans le privé ne suffit pas pour compenser la charge qui lui aurait été imposée par l'État. À cet égard, il souligne qu'il est anesthésiste et non pas généraliste. Pour lui, si l'indemnité litigieuse était destinée, comme l'affirmerait le Gouvernement, à compenser les frais assumés par l'État pour former les officiers, elle devrait être calculée sur la base de la période de formation (et non de l'ensemble de la période de service obligatoire) et du montant des frais correspondants. Or le Gouvernement n'aurait pas été en mesure de chiffrer un tel montant.

77. En outre, le requérant allègue que, en dépit des déclarations du Gouvernement dans ce sens, la présente affaire ne tombe pas sous le coup

du paragraphe 3 b) de l'article 4 de la Convention. Il estime en effet que ce paragraphe vise la conscription et ne s'applique pas aux militaires de carrière.

78. Enfin, le requérant affirme que non seulement les autorités ne lui ont jamais offert la possibilité de payer le montant réclamé en plusieurs versements, mais qu'il a été contraint de s'acquitter de sa dette au plus tard le 31 mai 2010 pour ne pas avoir à payer la totalité des intérêts de retard qui lui auraient été imposés.

## 2. *Appréciation de la Cour*

### a) **Portée de l'affaire**

79. La Cour rappelle que, dans les termes « travail forcé ou obligatoire », le premier de ces adjectifs évoque l'idée d'une contrainte physique ou morale. Quant au second, il ne peut viser une obligation juridique quelconque. Par exemple, un travail à exécuter en vertu d'un contrat librement conclu ne saurait tomber sous le coup de l'article 4 par cela seul que l'un des deux contractants s'est engagé envers l'autre à l'accomplir et s'expose à des sanctions s'il n'honore pas sa signature. Il doit s'agir d'un travail « exigé (...) sous la menace d'une peine quelconque » et, de plus, contraire à la volonté de l'intéressé, pour lequel celui-ci « ne s'est pas offert de son plein gré » (*Van der Musselle*, précité, § 34).

80. Quant au paragraphe 3 de l'article 4, la Cour a déjà jugé qu'il n'a pas pour rôle d'autoriser à limiter l'exercice du droit garanti par le paragraphe 2, mais de délimiter le contenu de ce droit : il forme un tout avec le paragraphe 2 et mentionne ce qui n'est pas considéré comme travail forcé ou obligatoire (*ibidem*, § 38). Or, d'après le paragraphe 3 b), n'est pas considéré comme travail forcé ou obligatoire « tout service de caractère militaire ou, dans le cas d'objecteurs de conscience dans les pays où l'objection de conscience est reconnue comme légitime, un autre service à la place du service militaire obligatoire ».

81. Dans sa décision *W., X., Y. et Z. c. Royaume-Uni* (nos 3435/67 et 3 autres, Annuaire 11, p. 594), du 19 juillet 1968, la Commission européenne des droits de l'homme avait estimé que l'article 4 § 3 b) visait non seulement le service militaire obligatoire, mais aussi tout service militaire, y compris celui entrepris volontairement par des militaires de carrière. Cette interprétation extensive de l'exception en question, visant des soldats qui s'étaient engagés avant l'âge de la majorité, semble s'être fondée uniquement sur le premier membre de phrase de l'alinéa b), se référant à « tout service militaire ».

82. Toutefois, la Cour relève qu'en l'espèce, le Gouvernement n'a pas invoqué l'exception de l'article 4 § 3 b), estimant apparemment que cette

disposition n'entraîne pas en ligne de compte dans le cas du requérant, médecin militaire professionnel.

83. Quoiqu'il en soit, la Cour estime que le paragraphe 3 b) de l'article 4 doit être considéré dans son ensemble. Ainsi, il ressort d'une lecture de ce paragraphe dans son intégralité et dans son contexte que celui-ci vise le service militaire obligatoire, dans les États où celui-ci est institué, et ce pour deux raisons : premièrement, du fait de la référence aux objecteurs de conscience, qui sont évidemment des conscrits et non des militaires de carrière et, deuxièmement, étant donné la référence explicite au service militaire obligatoire à la fin du paragraphe. La Cour rappelle à cet égard le principe général suivant lequel les exceptions à une règle doivent être interprétées strictement. Cela vaut d'autant plus que les interdictions figurant à l'article 4 §§ 1 et 2 de la Convention font partie du noyau dur de celle-ci.

84. La Cour note par ailleurs que l'article 2 § 2 a) de la Convention n° 29 de l'Organisation internationale du travail dispose que le travail forcé ou obligatoire ne comprend pas « tout travail ou service exigé en vertu des lois sur le service militaire obligatoire et affecté à des travaux d'un caractère purement militaire », ce qui implique que cette exception vise uniquement la conscription.

85. Dans le même sens, le Comité des droits sociaux du Conseil de l'Europe distingue aussi, en matière de travail forcé, la situation des militaires de carrière de celle des conscrits. Il ressort de ses conclusions concernant différents pays, y compris la Grèce, que le Comité considérerait comme motif de non-conformité à l'article 1 § 2 de la Charte sociale européenne, lequel interdit le travail forcé, la durée excessive pendant laquelle un officier de carrière était obligé de rester en service (...)

86. Qui plus est, la Recommandation CM/Rec(2010)4 du Comité des Ministres aux États membres sur les droits de l'homme des membres des forces armées indique que les autorités ne devraient pas imposer aux membres des forces armées des durées de service qui seraient déraisonnables et équivaleraient à un travail forcé (...)

87. À l'appui de l'ensemble de ces éléments, la Cour considère, conformément à l'objet et au but de la Convention, que le paragraphe 3 b) de l'article 4 de la Convention ne couvre pas le travail entrepris par des militaires de carrière. La Cour est donc amenée à examiner en l'occurrence la question de l'observation de l'article 4 § 2.

#### **b) Observation de l'article 4 § 2**

88. Dans ce contexte, il y a lieu de rechercher en l'espèce si le requérant s'était « offert de son plein gré » à fournir le travail en question, en ayant au préalable connaissance de toutes les conséquences que cela pourrait

comporter, et si sa décision de ne plus continuer à le faire jusqu'à la fin de la période prescrite par la loi pouvait être altérée par « la menace d'une peine ».

89. La Cour relève que, en 1986, le requérant a été admis à l'École militaire des officiers des corps d'armée (section médecine) et que, par ce biais, il s'est inscrit à la faculté de médecine de l'université de Thessalonique pour des études de médecine d'une durée de six ans. Durant cette période, un salaire lui a été versé. Le 3 juin 1993, après la fin de ses études, il a été nommé sous-lieutenant de l'armée de terre et s'est engagé, en application de l'article 64 § 1 du décret-loi n° 1400/1973, à servir dans les forces armées pour une période correspondant à trois fois la durée de ses études, soit dix-huit ans.

90. Par la suite et à l'invitation de l'armée, le requérant a décidé de se spécialiser en anesthésiologie et a ainsi été placé par l'entremise de l'armée au sein de l'hôpital général militaire 424 de Thessalonique où il a assumé, du 26 juillet 1996 au 30 juillet 1997, des fonctions d'assistant interne. Par la suite, il a été placé, toujours par l'entremise de l'armée, du 30 juillet 1997 au 27 juillet 2001 à l'hôpital général régional Papanikolaou de Thessalonique sur un poste de médecin assistant rémunéré se spécialisant en anesthésiologie. Ayant acquis cette spécialité, il avait alors, en vertu de l'article 64 § 7 du décret-loi n° 1400/1973, l'obligation de servir dans les forces armées pour cinq ans supplémentaires.

91. La Cour note que, pendant que le requérant suivait sa formation, une nouvelle loi n° 3257/2004 est entrée en vigueur qui modifiait les conditions de départ prématuré des officiers. Ainsi, l'article 1 de cette loi a réduit la durée de l'obligation de service des officiers à deux fois le nombre d'années d'études à l'école militaire, il a maintenu l'obligation pour ceux ayant acquis une spécialité de servir pendant cinq ans supplémentaires et il leur a offert la possibilité de rompre leur engagement avant l'écoulement des années de service dues en versant à l'État une indemnité égale au produit du salaire de base du grade de l'officier par le nombre de mois de service restants. C'est donc eu égard au cadre législatif en vigueur le 22 janvier 2006, date à laquelle le requérant, alors âgé de trente-sept ans, a décidé de démissionner, que la Cour examinera si le travail requis comportait un caractère forcé ou obligatoire.

92. La Cour dit d'emblée que le requérant ne peut légitimement soutenir qu'il ignorait le principe et l'étendue des obligations qu'il a contractées lorsqu'il a embrassé la carrière d'officier et de médecin militaire. L'un des principaux avantages découlant de l'enrôlement dans l'armée est la gratuité des études. En effet, les forces armées prennent en charge le coût des études de l'intéressé pendant son cursus, lui versent un salaire et lui procurent les avantages sociaux reconnus aux militaires de carrière. En contrepartie, elles

exigent que l'officier s'engage à servir dans leurs rangs pendant un certain nombre d'années après l'obtention de son diplôme.

93. La Cour note que l'obligation qui était faite aux officiers dans la version originelle de l'article 64 du décret-loi n° 1400/1973, qui consistait à servir pour une période équivalente à trois fois le nombre d'années d'études sans possibilité de rompre leur engagement, a été considérée par le Conseil d'État (arrêt n° 1571/2010) comme contraire à l'article 1 § 2 de la Charte sociale européenne. Cette obligation a été atténuée avec l'entrée en vigueur, le 29 juillet 2004, de la loi n° 3257/2004. C'est sur le fondement de cette loi que l'indemnité à verser par le requérant a été calculée.

94. La Cour estime que l'obligation faite aux officiers de l'armée de servir pendant une certaine période après la fin de leur formation est consubstantielle à la mission qui leur incombe. Le calcul de la durée de l'engagement des officiers formés par les soins de l'armée et les modalités de rupture de cet engagement relèvent de la marge d'appréciation des États. Le souci de l'État de rentabiliser son investissement pour la formation des officiers et des médecins de l'armée et d'assurer un encadrement suffisant pendant une période adéquate par rapport à ses besoins justifie d'interdire le désengagement des intéressés pendant une certaine période et de le soumettre au versement d'une indemnité pour couvrir les frais de subsistance et d'études qu'il a pris en charge durant les années de formation, tout en leur accordant le bénéfice d'un salaire et de droits sociaux.

95. À cet égard, la Cour juge pertinents les considérants des arrêts n° 2763/2013 et n° 3822/2013 de la Cour des comptes, aux termes desquels la réglementation litigieuse avait pour but notamment d'éviter les départs soudains, prématurés et collectifs d'officiers et le risque de compromettre les capacités de défense du pays.

96. Il reste à vérifier si le requérant s'est vu imposer un fardeau disproportionné, seul élément susceptible d'amener la Cour à conclure en l'espèce à la violation de l'article 4 § 2 de la Convention.

97. Dans son arrêt *Van der Musselle* (précité, § 37), la Cour a estimé que, si un service à fournir pour accéder à une profession donnée imposait un fardeau à ce point excessif ou hors de proportion avec les avantages attachés à l'exercice futur de celle-ci que l'intéressé ne saurait passer pour s'être « offert de son plein gré » à l'accomplir, le service exigé tombait sous le coup de l'interdiction du travail obligatoire. Afin de déterminer si les servitudes pesant sur le requérant l'emportaient sur les avantages liés à la profession qu'il a choisi d'embrasser, la Cour se placera non pas à l'époque à laquelle le requérant a été admis à l'école militaire et a opté pour une spécialisation, mais en 2004, année de l'entrée en vigueur de la loi d'amendement du décret-loi n° 1400/1973. En effet, c'est sous le régime de ce décret-loi

amendé que le requérant a décidé de mettre fin à son engagement et qu'il a eu à se conformer aux exigences en découlant.

98. La Cour ne saurait faire abstraction du fait que c'est par l'entremise de l'armée que le requérant a fait des études de médecine et obtenu sa spécialité d'anesthésiste en travaillant de 1996 à 2001 d'abord à l'hôpital général militaire 424 de Thessalonique puis à l'hôpital général régional Papanikolaou de Thessalonique. Elle observe à cet égard que l'article 38 § 2 de la loi n° 1397/1983 interdisait le placement d'un médecin en vue de sa spécialisation en sus des places disponibles dans les hôpitaux, mais qu'il autorisait un tel placement en surnombre pour les médecins permanents des forces armées, possibilité dont le requérant a bénéficié. En outre, la législation grecque offre le choix aux officiers comme le requérant de travailler pendant une certaine période pour l'armée ou de la quitter avant la fin de la période fixée moyennant le versement d'une indemnité.

99. La Cour note aussi que, à la suite de l'entrée en vigueur de la loi n° 3257/2004 précitée, les officiers du service de santé, dont le requérant, étaient autorisés à exercer la médecine dans le privé en dehors de leurs heures de travail.

100. Ces éléments démontrent que les médecins militaires bénéficient, dans le cadre de leurs études et de leur spécialisation, de privilèges que n'ont pas les étudiants en médecine civils, dont la sécurité d'emploi. Si l'on y ajoute le fait que les médecins militaires perçoivent un salaire pendant la durée de leurs études, l'obligation pour ceux qui souhaitent quitter l'armée avant la fin de la période d'obligation de service de verser à l'État certaines sommes en remboursement des frais que ce dernier a engagés pour les former se justifie pleinement. La Cour estime dès lors que le principe même du rachat des années de service restantes ne soulève pas de problème au regard du principe de proportionnalité.

101. Toutefois, la Cour considère que les modalités de ce rachat sont susceptibles, dans certains cas particuliers, de contribuer à la rupture de l'équilibre qui doit exister entre la protection du droit individuel du militaire concerné et celle des intérêts de la collectivité.

102. En l'espèce, la Cour note, d'une part, que, lorsque le requérant a remis sa démission, le quartier général de l'armée l'a informé qu'il lui restait à honorer une obligation de service d'une durée de neuf ans, quatre mois et douze jours et que, à défaut, il aurait à verser à l'État une indemnité de 106 960 EUR (décision du 26 mai 2007). Elle relève, d'autre part, que la Cour des comptes a finalement jugé, le 12 décembre 2013, que les cinq ans de spécialisation du requérant devaient être intégrés à la période totale d'obligation de service de dix-huit ans et que cette juridiction a en conséquence ramené le montant de l'indemnité à verser à l'État à 49 978,33 EUR.

103. La Cour prend acte de l'impossibilité déclarée du requérant et du Gouvernement de préciser le montant des salaires et émoluments perçus par le premier pendant la durée de ses études et de sa spécialisation en tant que médecin anesthésiste. Elle note cependant que, selon leurs propres estimations, requérant et Gouvernement s'accordent à dire que le premier a dû percevoir au total une somme comprise entre 86 976 EUR au minimum et 91 476 EUR au maximum pour les périodes s'étendant de septembre 1986 à juin 1993, puis d'août 1996 à juillet 2001.

104. La Cour observe que la somme de 49 978,33 EUR que le requérant a été finalement appelé à verser, en application de l'arrêt de la Cour des comptes du 12 décembre 2013, s'élevait à moins des deux tiers de la somme qu'il avait perçue pendant la période litigieuse (entre 86 976 EUR et 91 476 EUR) et que, de ce fait, elle ne saurait être considérée comme déraisonnable.

105. La Cour relève de surcroît que, à la suite d'une demande du requérant en ce sens, le président de la formation plénière de la Cour des comptes a émis, le 17 mars 2009, un ordre provisoire par lequel il suspendait l'exécution de la décision du 26 mai 2007, sursis confirmé le 21 octobre 2009 par la formation plénière de la Cour des comptes.

106. Ce sursis à exécution n'a pas empêché le centre des impôts de Thessalonique de sommer le requérant, le 18 mars, puis le 9 avril 2009, de verser une somme de 109 527 EUR, composée des 106 960 EUR susmentionnés, majorés de 2 139,20 EUR au titre d'un timbre fiscal et de 427,84 EUR au bénéfice de l'organisme d'assurances agricoles. Le 10 mai 2010, la direction des impôts du ministère des Finances a informé le requérant que, en raison du non-versement par lui de la somme due pendant l'année écoulée, cette somme avait été grevée d'intérêts de retard d'un montant de 13 143,24 EUR. Elle l'informait aussi que, s'il procédait au règlement au plus tard le 31 mai 2010, il pourrait bénéficier d'une remise de 80 % sur les intérêts. Le 26 mai 2010, le requérant a déposé la somme de 112 155,69 EUR au centre des impôts de Thessalonique.

107. En dépit du sursis à l'exécution de la décision litigieuse accordé au requérant, d'abord par le président de la formation plénière de la Cour des comptes, puis par la formation plénière elle-même, et bien que la procédure devant la formation plénière de la Cour des comptes eût à peine été entamée, le requérant s'est trouvé dans l'obligation, de par l'intervention, le 10 mai 2010, de la direction des impôts du ministère des Finances, de payer la somme due, déjà majorée d'intérêts de 12 % à 13 %. S'il n'avait pas consenti à verser l'intégralité de la somme, il aurait vu celle-ci augmenter davantage en raison du laps de temps nécessaire à la Cour des comptes pour statuer.

108. En outre, la Cour note que, si l'article 3 § 1 du code relatif à la perception des recettes de l'État et l'article 96 du décret-loi n° 721/1970, tels qu'interprétés par l'avis n° 120/2002 du Conseil juridique de l'État, énoncent que les dettes des officiers envers l'armée peuvent être honorées de manière échelonnée, pareille possibilité doit être mentionnée dans l'acte d'imputation de l'indemnité. Or, en l'espèce, elle ne figurait pas dans la décision du 26 mai 2007.

109. Eu égard à ces circonstances, il ne fait pour la Cour aucun doute que le requérant a été obligé d'agir ainsi sous la contrainte (voir, *mutatis mutandis*, *Deweer c. Belgique*, 27 février 1980, § 51, série A n° 35). La Cour constate que les autorités ont passé outre deux décisions judiciaires contraignantes à leur égard et ont persisté à faire exécuter leur décision initiale du 26 mai 2007, qui précisait que la procédure de paiement ne pouvait être suspendue par un recours éventuel du requérant (voir, *mutatis mutandis*, *Georgoulis et autres c. Grèce*, n° 38752/04, § 25, 21 juin 2007). En obligeant le requérant à verser immédiatement la somme de 109 527 EUR, majorée à 112 155,69 EUR par l'imputation d'intérêts, les autorités fiscales ont créé pour l'intéressé une charge disproportionnée.

Partant, il y a eu violation de l'article 4 § 2 de la Convention.

(...)

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

(...)

2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 4 § 2 de la Convention ;

(...)

Fait en français, puis communiqué par écrit le 4 juin 2015, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Søren Nielsen  
Greffier

Isabelle Berro  
Présidente

NAZARENKO v. RUSSIA  
*(Application no. 39438/13)*

FIRST SECTION

JUDGMENT OF 16 JULY 2015<sup>1</sup>

---

1. English original. Extracts.



SUMMARY<sup>1</sup>**Complete and automatic exclusion of applicant from child's life after it was established he was not the biological father**

Article 8 can be interpreted as imposing on the member States an obligation to examine on a case-by-case basis whether it is in the child's best interests to maintain contact with the person, whether biologically related or not, who has taken care of him or her for a sufficiently long period of time (see paragraph 66 of the judgment).

**Article 8**

*Respect for family life – Positive obligations – Complete and automatic exclusion of applicant from child's life after it was established he was not the biological father – Child born during applicant's marriage – Parental care provided by applicant to child for a long period – Close personal bond – Contact rights – Necessary in a democratic society – Inflexibility of domestic legal provisions – Failure to take into account variety of family situations and best interests of child – Lack of examination of particular circumstances of the case – No relevant reasons advanced for applicant's exclusion from child's life*

\*

\* \*

*Facts*

During their marriage, the applicant and his wife had a daughter, A. The couple later divorced and the applicant enjoyed shared custody of the child. Following a challenge to the applicant's paternity, it was established that he was not the child's biological father. As a result, and even though the domestic authorities accepted that he had raised and cared for the child over a period of five years, he lost all parental rights in respect of the child, including the right to maintain contact with her. His name was removed from the child's birth certificate and the child's family name had to be changed. The domestic law did not provide for any exceptions which would have allowed the applicant, in the absence of any biological links with the child, to maintain any form of relationship with her.

*Law*

Article 8: A. had been born during the applicant's marriage and had been registered as his daughter. Having no doubts about his paternity of A., the applicant had raised her and provided care for her for more than five years. As established by the childcare authority and expert psychologists, there was a close emotional bond

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

between the applicant and A. Their relationship therefore amounted to family life within the meaning of Article 8 § 1. The absence of biological links with a child did not negate the existence of family life for the purposes of that provision. The Court was concerned about the inflexibility of the Russian legal provisions governing contact rights. The Government had not given any reasons why it should have been “necessary in a democratic society” to establish an inflexible list of persons entitled to maintain contact with a child and not to make any exceptions to take account of the variety of family situations and of the best interests of the child. As a result a person who, like the applicant, was not related to the child but who had taken care of it for a long period and formed a close personal bond with it could not obtain contact rights in any circumstances, irrespective of the child’s best interests.

The Court was not convinced that the best interests of children in the sphere of contact rights could be truly determined by a general legal assumption. A fair balancing of the rights of all persons involved necessitated an examination of the particular circumstances of the case. Accordingly, Article 8 could be interpreted as imposing on member States an obligation to examine on a case-by-case basis whether it was in the child’s best interests to maintain contact with the person, whether biologically related or not, who had taken care of him or her for a sufficiently long period of time. By denying the applicant the right to maintain contact with A. without any examination of the question whether such contact would have been in A.’s best interests, Russia had failed to comply with that obligation.

A person who had brought up a child for some time as his own should not be completely excluded from the child’s life after it was revealed that he was not the biological father unless there were relevant reasons relating to the child’s best interests for such exclusion. No such reasons had been advanced in the instant case. It had never been suggested that contact with the applicant would be detrimental to A.’s development. On the contrary, as established by both the childcare authority and expert psychologists, there existed a strong mutual attachment between the applicant and A. and the applicant had taken good care of the child.

In sum, the authorities had failed in their obligation to provide a possibility for the family ties between the applicant and A. to be maintained. The complete and automatic exclusion of the applicant from A.’s life after the termination of his paternity due to the inflexibility of the domestic legal provisions – in particular the denial of contact rights without proper consideration of A.’s best interests – had therefore amounted to a failure to respect the applicant’s family life.

*Conclusion:* violation (unanimously).

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

*Anayo v. Germany*, no. 20578/07, 21 December 2010

*Glaser v. the United Kingdom*, no. 32346/96, 19 September 2000

*K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, ECHR 2001-VII

*Kopf and Liberda v. Austria*, no. 1598/06, 17 January 2012

*Kroon and Others v. the Netherlands*, 27 October 1994, Series A no. 297-C  
*Manic v. Lithuania*, no. 46600/11, 13 January 2015  
*Monory v. Romania and Hungary*, no. 71099/01, 5 April 2005  
*Moretti and Benedetti v. Italy*, no. 16318/07, 27 April 2010  
*Plaza v. Poland*, no. 18830/07, 25 January 2011  
*Sahin v. Germany* [GC], no. 30943/96, ECHR 2003-VIII  
*Schneider v. Germany*, no. 17080/07, 15 September 2011



**In the case of Nazarenko v. Russia,**

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

Isabelle Berro, *President*,  
Elisabeth Steiner,  
Khanlar Hajiyev,  
Mirjana Lazarova Trajkovska,  
Julia Laffranque,  
Ksenija Turković,  
Dmitry Dedov, *judges*,

and Søren Nielsen, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 23 June 2015,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 39438/13) against the Russian Federation lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Russian national, Mr Anatoliy Sergeevich Nazarenko (“the applicant”), on 15 May 2013.

2. The Russian Government (“the Government”) were represented by Mr G. Matyushkin, Representative of the Russian Federation to the European Court of Human Rights.

3. The applicant alleged, in particular, that the termination of his parental status had deprived him of the right to contact his daughter or to lodge civil actions in defence of her rights and that he had not been informed of the date of an appeal hearing.

4. On 15 October 2013 notice of the above complaints was given to the Government and the remainder of the application was declared inadmissible. The Court also decided to apply Rule 41 of the Rules of Court and grant priority treatment to the application.

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

5. The applicant was born in 1965 and lives in Ulan-Ude.
6. In 2007 the applicant’s wife, N., gave birth to a daughter, A.
7. In 2010 the applicant and N. divorced.

8. On 18 January 2011 the Oktyabrskiy District childcare and guardianship authority (“the childcare authority”) determined that A. would reside with the applicant during even weeks and with her mother, N., during odd weeks. In January, June, July and August, A. was to live with the applicant for one week of his choice per month.

#### **A. Events preceding the termination of parental status**

9. On 22 March 2011 the applicant discovered several bruises on A.’s body. Suspecting that she had been beaten and sexually abused by N.’s new partner, he refused to return A. to N.

10. During the following year, A. lived with the applicant and her paternal grandmother. On several occasions the applicant allowed N. to visit A. in his presence.

11. On 25 March 2011 the applicant complained to the police and to the Oktyabrskiy District investigation committee that his daughter had been beaten and sexually abused by N.’s partner. The investigation committee opened a pre-investigation inquiry.

12. The applicant and N. both applied to the Oktyabrskiy District Court of Ulan-Ude for a residence order in respect of A.

13. On 25 April 2011 A. was questioned by an investigator in the presence of a psychologist as part of the pre-investigation inquiry. A. stated that she wanted to live with the applicant because he was nice, whereas her mother and her mother’s new partner had treated her badly. She was again questioned by the investigator in the presence of a psychologist on 27 June and 3 August 2011, and confirmed her previous statements.

14. On 19 May 2011 the Oktyabrskiy District Court granted N.’s application for a residence order and refused the applicant’s similar application. The court found that both parents had taken an equal share in A.’s upbringing. They both had sufficient financial means and their standard of living was equally satisfactory. However, taking into account A.’s gender and age, it was preferable for her to be brought up by her mother. A child under the age of twelve could be separated from the mother only in exceptional circumstances. No such circumstances had been established in the present case. N. was employed and had sufficient income. There was no evidence of negligence or mistreatment on her part. A.’s bruises could have been sustained as a result of a fall or in the course of a game, and were insufficient to prove mistreatment. A criminal inquiry into the allegations of mistreatment was still pending. The court-appointed expert psychologist’s finding that A. was emotionally closer to her father and paternal grandmother than to her mother could not be taken into account in the absence of established evidence of mistreatment by the mother. The

court concluded that it was therefore in A.'s best interests to live with her mother.

15. On 20 May 2011 the childcare authority noted that A. wished to live with her father. An inspection of the applicant's flat had revealed that he had created all the appropriate conditions for A.'s normal development. The childcare authority therefore found that A. should reside with the applicant.

16. On 22 June 2011 the Supreme Court of the Republic of Buryatiya upheld the judgment of 19 May 2011 on appeal. It found that the Oktyabrskiy District Court had failed to consider the childcare authority's findings and opinion and had therefore committed a serious breach of the procedure prescribed by law. However, given that the childcare authority's opinion was advisory rather than binding on the court, the failure to consider that opinion did not warrant reconsideration of the judgment, which was correct in substance.

17. On 30 June 2011 the Oktyabrskiy District investigation committee opened criminal proceedings into the alleged mistreatment and sexual abuse of A.

18. As the applicant continued to retain A., N. applied to the Oktyabrskiy District Court for an injunction requiring the applicant to return A. to her.

19. On 29 November 2011 the Oktyabrskiy District Court allowed N.'s application. It found that the applicant had refused to comply with the judgment of 19 May 2011, upheld on appeal. It ordered that, in compliance with that judgment, the applicant should return A. to N. On 30 January 2012 the Supreme Court of the Republic of Buryatiya upheld that judgment on appeal.

20. On an unspecified date the applicant applied for a second time to the Oktyabrskiy District Court for a residence order in respect of A. At the same time he applied for a restriction of N.'s parental authority over A.

21. On 23 January 2012 the Oktyabrskiy District Court dismissed the application and confirmed its previous order to the effect that A. should live with her mother, citing the same reasons as in the judgment of 19 May 2011. The court found no reason to restrict N.'s parental authority over A. On 2 April 2012 the Supreme Court of the Republic of Buryatiya upheld that judgment on appeal.

22. On 13 March 2012 N. kidnapped A. from the applicant. She has since prevented the applicant from seeing his daughter.

23. On 20 March 2012 A. was again questioned by the investigator in the presence of a psychologist. She said that she liked living with her mother and that her mother was treating her well.

24. On 23 April 2012 A. was examined by a panel of psychologists appointed by the investigator as part of the criminal proceedings. They found that A. was not suffering from any learning difficulties or disorders.

However, owing to her age, level of development and susceptibility to external influence, she was unable to give reliable evidence about her relationships with her mother, her father or her mother's new partner.

25. On 30 April 2013 the Oktyabrskiy District investigation committee discontinued the criminal proceedings, finding that there was no evidence of mistreatment or sexual abuse and that the bruises could have been caused by a fall. According to the experts, A.'s statements that her mother's partner had treated her badly were unreliable. The witnesses had been unable to provide any information confirming the applicant's allegations of child abuse.

### **B. Termination of parental status and subsequent events**

26. The applicant applied for a third time to the Oktyabrskiy District Court for a residence order in respect of A. He also asked that N. be deprived of parental authority over A.

27. While those proceedings were pending, N. lodged an application with the Oktyabrskiy District Court, contesting the applicant's paternity of A. She requested that his name be deleted from A.'s birth certificate and that A.'s family name and patronymic be changed.

28. On 23 July 2012 a DNA paternity test established that the applicant was not A.'s biological father.

29. On 18 September 2012 the Oktyabrskiy District Court allowed N.'s claims. It found that the applicant was not A.'s biological father and terminated his parental status in respect of her. It ordered that the applicant's name be deleted from A.'s birth certificate and that A.'s family name and patronymic be changed to a family name and a patronymic not connected with the applicant. On 19 November 2012 the Supreme Court of the Republic of Buryatiya upheld that judgment on appeal.

30. On 16 January 2013 the Oktyabrskiy District Court discontinued the proceedings concerning the applicant's application for a residence order and an order to deprive N. of parental authority over A. The court reasoned that as the applicant was not A.'s biological father, he had no standing under domestic law to lodge civil actions concerning parental authority over A. or A.'s residence arrangements. The applicant was absent from the hearing because he was ill.

31. On 27 February 2013 the Supreme Court of the Buryatiya Republic upheld that decision on appeal. According to the applicant, he had not been informed of the date of the hearing. Nor was he informed about the appeal decision until 12 March 2013.

32. On 31 May 2013 a judge of the Supreme Court of the Republic of Buryatiya refused to refer a cassation appeal lodged by the applicant to the presidium of that court for examination, finding that no significant

violations of substantive or procedural law had influenced the outcome of the proceedings. It noted, in particular, that there was proof in the case file that a letter had been sent to the applicant on 7 February 2013 informing him of the date of the appeal hearing. Information regarding the hearing date had also been published on the court's official website. The applicant had therefore been duly informed of the date of the appeal hearing.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW

33. The Family Code provides that parents act on behalf of their child and defend the child's rights and interests in any relations with other persons or legal entities. They act *ex officio* as the child's legal representative in court proceedings (Article 64 § 1).

34. In the event of the parents' separation, the child's residence arrangements are fixed by an agreement between the parents. If no such agreement can be reached, the child's residence arrangements are fixed by a court order, having regard to the child's best interests and his or her opinion on the matter. In particular, the court must take into account the child's attachment to each of the parents and the siblings, the relationship between the child and each of the parents, the child's age, the parents' moral and other personal qualities, and the possibilities each of them have for creating appropriate conditions for the child's upbringing and development, such as their occupation, employment schedule, and financial and family situation (Article 65 § 3).

35. The parent residing separately from the child is entitled to maintain contact with the child and to participate in his or her upbringing and education. The parent with whom the child resides may not hinder the child's contact with the other parent, unless such contact undermines the child's physical or psychological health or moral development (Article 66 § 1).

36. A child is entitled to maintain contact with his or her parents, grandparents, brothers, sisters and other relatives. The parents' divorce or separation, or the annulment of their marriage, has no bearing on the child's rights. In particular, where the parents reside separately from each other, the child is entitled to maintain contact with both of them (Article 55 § 1).

37. Grandparents, brothers, sisters and other relatives are entitled to maintain contact with the child. If the parents, or one of them, prevent close relatives from seeing the child, the childcare authority may order that contact be maintained between the child and the relative in question. If the parents do not comply with the childcare authority's order, the relative concerned or the childcare authority may apply to a court for a contact order. The court must take a decision in the child's best interests and must

take the child's opinion into account. If the parents do not comply with the contact order issued by a court, they may be held liable in accordance with the law (Article 67).

38. A court may deprive a parent of parental authority at the request of the other parent, a guardian, a prosecutor or social services if, among other reasons, the parent mistreats the child by resorting to physical or psychological violence or sexual abuse (Articles 69 and 70 § 1).

39. A court may restrict a parent's parental authority and remove the child from the parent's care in the interests of the child at the request of a close relative, social services, an educational institution or a prosecutor. Parental authority may be restricted in cases where the parent represents a danger to the child (Article 73).

40. The maternity or paternity of a child may be contested before a court by the person who is recorded in the child's birth certificate as his or her mother or father, by the child's biological mother or father, by the child once he or she attains the age of majority, by the child's guardian or, if the child's parent is legally incapable, by the parent's guardian (Article 52 § 1).

### III. RELEVANT INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW MATERIALS

#### **A. United Nations documents**

41. Article 3 of the Convention on the Rights of the Child, adopted in 1989 by the UN General Assembly and ratified by Russia in 1990, provides as follows.

"1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

2. States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.

..."

42. Article 9 provides, in so far as relevant, as follows.

"1. States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child. Such determination may be necessary in a particular case such as one involving abuse or neglect of the child by the parents, or one where the parents are living separately and a decision must be made as to the child's place of residence.

...

3. States Parties shall respect the right of the child who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interests.

..."

43. In its General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (Article 3, paragraph 1), adopted on 29 May 2013 (CRC/C/GC/14), the UN Committee on the Rights of the Child stated, in particular:

"13. Each State party must respect and implement the right of the child to have his or her best interests assessed and taken as a primary consideration, and is under the obligation to take all necessary, deliberate and concrete measures for the full implementation of this right.

14. Article 3, paragraph 1, establishes a framework with three different types of obligations for States parties:

(a) The obligation to ensure that the child's best interests are *appropriately integrated and consistently applied* in every action taken by a public institution, especially in all implementation measures, administrative and judicial proceedings which directly or indirectly impact on children;

(b) The obligation to ensure that all judicial and administrative decisions as well as policies and legislation concerning children demonstrate that the child's best interests have been a primary consideration. This includes describing how the best interests have been examined and assessed, and what weight has been ascribed to them in the decision.

...

15. To ensure compliance, States parties should undertake a number of implementation measures in accordance with articles 4, 42 and 44, paragraph 6, of the Convention, and ensure that the best interests of the child are a primary consideration in all actions, including:

(a) Reviewing and, where necessary, amending domestic legislation and other sources of law so as to incorporate article 3, paragraph 1, and ensure that the requirement to consider the child's best interests is reflected and implemented in all national laws and regulations, provincial or territorial legislation, rules governing the operation of private or public institutions providing services or impacting on children, and judicial and administrative proceedings at any level, both as a substantive right and as a rule of procedure;

...

(c) Establishing mechanisms and procedures for complaints, remedy or redress in order to fully realize the right of the child to have his or her best interests appropriately

integrated and consistently applied in all implementation measures, administrative and judicial proceedings relevant to and with an impact on him or her; ...

29. In civil cases, the child may be defending his or her interests directly or through a representative, in the case of paternity, child abuse or neglect, family reunification, accommodation, etc. The child may be affected by the trial, for example in procedures concerning adoption or divorce, decisions regarding custody, residence, contact or other issues which have an important impact on the life and development of the child, as well as child abuse or neglect proceedings. The courts must provide for the best interests of the child to be considered in all such situations and decisions, whether of a procedural or substantive nature, and must demonstrate that they have effectively done so.

...

36. The best interests of a child shall be a primary consideration in the adoption of all measures of implementation. The words 'shall be' place a strong legal obligation on States and mean that States may not exercise discretion as to whether children's best interests are to be assessed and ascribed the proper weight as a primary consideration in any action undertaken.

...

60. Preventing family separation and preserving family unity are important components of the child protection system, and are based on the right provided for in article 9, paragraph 1, which requires 'that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when [...] such separation is necessary for the best interests of the child'. Furthermore, the child who is separated from one or both parents is entitled 'to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interests' (art. 9, para. 3). This also extends to any person holding custody rights, legal or customary primary caregivers, foster parents and persons with whom the child has a strong personal relationship.

..."

## **B. Comparative law material**

44. Article 371-4 of the French Civil Code provides that if the interests of the child so require, the family-affairs judge fixes the arrangements concerning the relationship between the child and any other person, whether a relative or not, who has resided in a stable manner with the child and one of his or her parents, has participated in the child's education, everyday care or accommodation and has developed lasting emotional bonds with him or her.

45. Article 1685 of the German Civil Code provides that any persons with whom the child has close ties may claim contact rights if they have or have had actual responsibility for the child (a social and family relationship)

and if this serves the best interests of the child. It is in general to be assumed that “actual responsibility” has been taken on if the person has been living for a long period in “domestic community” with the child.

46. Section 10 of the Children Act 1989 of the United Kingdom provides that contact rights may be claimed, in particular, by “any party to a marriage (whether or not subsisting) in relation to whom the child is a child of the family”, by a foster parent or any relative with whom the child has lived for a period of at least one year immediately preceding the application; or by any person with whom the child has lived for a period of at least three years.

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

47. The applicant complained that the termination of his parental status had deprived him of the right to maintain contact with his daughter and to defend her interests in court. He relied on Article 8 of the Convention, which 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. Admissibility**

48. The Court notes that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It further notes that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

#### **B. Merits**

##### *1. The parties’ submissions*

49. The Government submitted that a DNA test had established that the applicant was not A.’s biological father. The test had been carried out in accordance with the procedure prescribed by law, and the Russian courts had accepted it as admissible and reliable evidence providing a sufficient

basis for the decision to terminate the applicant's parental status in respect of A. There was no reason to doubt the accuracy of the DNA test.

50. The Government argued that termination of parental status was compatible with the Convention where it had been proved that a child's "legal" father was not the biological father. According to the Court's case-law, respect for family life required that biological and social reality should prevail over a legal presumption of paternity (the Government cited *Kroon and Others v. the Netherlands*, 27 October 1994, § 40, Series A no. 297-C, and *Shofman v. Russia*, no. 74826/01, § 44, 24 November 2005). Furthermore, the decision to terminate the applicant's parental status in respect of A. had had a basis in domestic law, namely Article 52 § 1 of the Family Code (see paragraph 40 above), which did not set any time-limit for bringing an action contesting the paternity of a child.

51. The Government further submitted that under Russian law only close relatives – parents, grandparents, great-grandparents, siblings, uncles, aunts and cousins – were entitled to maintain contact with a child (see paragraph 37 above). Given that the applicant's parental status in respect of A. had been terminated, he did not have any entitlement under domestic law to maintain contact with her. The Government noted in this respect that the applicant had never applied to a court for a contact order. In any event, given that a conflict existed between the applicant and A.'s mother, it would not have been in the best interests of the child to grant the applicant contact rights (they referred to *Nekvedavicius v. Germany* (dec.), no. 46165/99, 19 June 2003).

52. The Government also submitted that the applicant had no standing under domestic law to apply for a court order depriving A.'s mother of parental authority. Russian law provided that only a parent, a guardian, a prosecutor or social services could apply for such a court order (see paragraph 38 above). The domestic courts' decision to discontinue the proceedings had therefore been lawful.

53. Lastly, the Government submitted that all of the domestic courts' decisions had been taken with A.'s best interests in mind. In particular, they had found that it was in A.'s best interests to be brought up by her mother.

54. The applicant maintained his claims.

## 2. *The Court's assessment*

55. The Court must first examine whether there existed a relationship between the applicant and A. amounting to private or family life within the meaning of Article 8 of the Convention.

56. The Court reiterates that the notion of "family life" under Article 8 of the Convention is not confined to marriage-based relationships and may

encompass other *de facto* “family” ties (see *Anayo v. Germany*, no. 20578/07, § 55, 21 December 2010, with further references). The existence or non-existence of “family life” for the purposes of Article 8 is essentially a question of fact depending on the real existence in practice of close personal ties (see *K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, § 150, ECHR 2001-VII). Although, as a rule, cohabitation may be a requirement for such a relationship, exceptionally other factors may also serve to demonstrate that a relationship has sufficient constancy to create *de facto* “family ties” (see *Kroon and Others*, cited above, § 30).

57. The Court has found in previous cases that the relationship between a foster family and a fostered child who had lived together for many months amounted to family life within the meaning of Article 8 § 1, despite the lack of a biological relationship between them. The Court took into account the fact that a close emotional bond had developed between the foster family and the child, similar to the one between parents and children, and that the foster family had behaved in every respect like the child’s parents (see *Moretti and Benedetti v. Italy*, no. 16318/07, §§ 49-50, 27 April 2010, and *Kopf and Liberda v. Austria*, no. 1598/06, § 37, 17 January 2012).

58. Turning to the present case, the Court notes that A. was born during the applicant’s marriage with N. and was registered as his daughter. Having no doubts about his paternity in respect of A., the applicant raised her and provided care for her for more than five years. As established by the childcare authority and expert psychologists, there was a close emotional bond between the applicant and A. (see paragraphs 14-15 above). Given that the applicant and A. had believed themselves to be father and daughter for many years until it was eventually revealed that the applicant was not A.’s biological father, and taking into account the close personal ties between them, the Court finds that their relationship amounts to family life within the meaning of Article 8 § 1.

59. The Court will next examine whether there has been a failure to respect the applicant’s family life.

60. The Court notes that where the existence of a family tie has been established, the State must in principle act in a manner calculated to enable that tie to be maintained. The mutual enjoyment by parent and child of each other’s company constitutes a fundamental element of family life, and domestic measures hindering such enjoyment amount to an interference with the right protected by Article 8 of the Convention (see, among other authorities, *Monory v. Romania and Hungary*, no. 71099/01, § 70, 5 April 2005, and *K. and T. v. Finland*, cited above, § 150).

61. Moreover, even though the primary object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by public authorities, there are, in

addition, positive obligations inherent in effective “respect” for family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for family life, even in the sphere of relations between individuals, including both the provision of a regulatory framework of adjudicatory and enforcement machinery protecting individuals’ rights and the implementation, where appropriate, of specific steps (see *Glaser v. the United Kingdom*, no. 32346/96, § 63, 19 September 2000).

62. In relation to the State’s obligation to implement positive measures, the Court has repeatedly held that Article 8 includes a parent’s right to the taking of measures with a view to being reunited with his or her child and an obligation on the national authorities to take such action. This also applies to cases where contact and residence disputes concerning children arise between parents and/or other members of the children’s family (see *Manic v. Lithuania*, no. 46600/11, § 101, 13 January 2015, with further references).

63. In the context of both the negative and the positive obligations, a fair balance has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (see *Glaser*, cited above, § 63). Article 8 requires that the domestic authorities strike a fair balance between the interests of the child and those of the parents and that, in the balancing process, primary importance should be attached to the best interests of the child, which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parents (see *Sabin v. Germany* [GC], no. 30943/96, § 66, ECHR 2003-VIII, and *Plaza v. Poland*, no. 18830/07, § 71, 25 January 2011).

64. In the present case the applicant’s parental status in respect of A. was terminated and his name was deleted from A.’s birth certificate after it had been established that he was not her biological father. As a result, he lost all his parental rights in respect of A., including contact rights. Indeed, the Family Code provides that only the parents, grandparents, brothers, sisters and other relatives are entitled to maintain contact with a child (see paragraphs 35-37 above). As confirmed by the Government, the applicant is not entitled under domestic law to maintain contact with A. because he is no longer considered to be her parent or other relative. In such circumstances, the Court considers that a court application for a contact order is bound to fail on the basis of the existing domestic law.

65. The Court is concerned about the inflexibility of the Russian legal provisions governing contact rights. They set out an exhaustive list of persons who are entitled to maintain contact with a child, without providing for any exceptions to take account of the variety of family situations and of the best interests of the child. As a result a person who, like the applicant, is not

related to the child but who has taken care of him or her for a long period of time and has formed a close personal bond with him or her cannot obtain contact rights in any circumstances, irrespective of the child's best interests. The Government did not give any reasons why it had been considered "necessary in a democratic society" to establish an inflexible list of persons entitled to maintain contact with a child and not to make any exceptions to the application of that provision to take account of the child's best interests in the particular circumstances of each case.

66. The Court is not convinced that the best interests of children in the sphere of contact rights can be truly determined by a general legal presumption. Having regard to the great variety of family situations possibly concerned, the Court considers that a fair balancing of the rights of all persons involved necessitates an examination of the particular circumstances of each case (see, *mutatis mutandis*, *Schneider v. Germany*, no. 17080/07, § 100, 15 September 2011). Accordingly, Article 8 of the Convention can be interpreted as imposing on member States an obligation to examine on a case-by-case basis whether it is in the child's best interests to maintain contact with a person, whether biologically related or not, who has taken care of him or her for a sufficiently long period of time. By denying the applicant the right to maintain contact with A. without any examination of the question whether such contact would be in A.'s best interests, Russia has failed to comply with that obligation.

67. The Court observes that, as a result of the operation of domestic law, the applicant was entirely and automatically excluded from A.'s life after his paternal status was terminated. However, it considers that a person who has for some time brought up a child as his own must not be completely excluded from the child's life after it has been revealed that he is not the child's biological father, unless there are relevant reasons relating to the child's best interests for doing so. No such reasons were advanced in the present case. It has never been suggested that contact with the applicant would be detrimental to A.'s development. On the contrary, it was established by both the childcare authority and expert psychologists that there existed a strong mutual attachment between the applicant and A. and that the applicant had been taking good care of her (see paragraphs 14-15 above).

68. In view of the foregoing, the Court concludes that the authorities have failed in their obligation to provide a possibility for the family ties between the applicant and A. to be maintained. The complete and automatic exclusion of the applicant from A.'s life after his parental status in respect of her was terminated as a result of the inflexibility of the domestic legal provisions – in particular the denial of contact rights without giving proper

consideration to A.'s best interests – has therefore amounted to a failure to respect the applicant's family life.

There has accordingly been a violation of Article 8 of the Convention.

...

FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,

...

2. *Declares* the application admissible;

3. *Holds* that there has been a violation of Article 8 of the Convention;

...

Done in English, and notified in writing on 16 July 2015, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Søren Nielsen  
Registrar

Isabelle Berro  
President

NAZARENKO c. RUSSIE  
*(Requête n° 39438/13)*

PREMIÈRE SECTION

ARRÊT DU 16 JUILLET 2015<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais. Extraits.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Exclusion complète et automatique du requérant de la vie d'un enfant après qu'il eut été établi qu'il n'était pas le père biologique**

On peut interpréter l'article 8 comme imposant aux États membres l'obligation d'examiner au cas par cas la question de savoir s'il est dans l'intérêt supérieur d'un enfant de demeurer en contact avec la personne qui a pris soin de lui pendant une durée suffisamment longue, que l'enfant soit ou non lié biologiquement à cette personne (paragraphe 66 de l'arrêt).

**Article 8**

*Respect de la vie familiale – Obligations positives – Exclusion complète et automatique du requérant de la vie d'un enfant après qu'il eut été établi qu'il n'était pas le père biologique – Enfant né lorsque le requérant était marié – Soins parentaux dispensés par le requérant à l'enfant pendant une longue période – Lien interpersonnel étroit – Droit de visite – Nécessaire dans une société démocratique – Inflexibilité du droit interne – Absence de prise en compte de la diversité des situations familiales et de l'intérêt supérieur de l'enfant – Absence d'examen des circonstances particulières de l'espèce – Aucun motif pertinent invoqué pour exclure le requérant de la vie de l'enfant*

\*

\* \*

*En fait*

Pendant qu'ils étaient mariés, le requérant et sa femme eurent une fille, prénommée A. Par la suite, le couple divorça et le requérant obtint la garde alternée de l'enfant. À la suite d'une action en contestation de la paternité du requérant, il fut établi que celui-ci n'était pas le père biologique. En conséquence, et bien que les autorités nationales eussent admis qu'il avait élevé l'enfant et s'en était occupé pendant cinq ans, le requérant fut déchu de ses droits parentaux à l'égard de celle-ci, dont celui de maintenir des contacts avec elle. Son nom fut supprimé du certificat de naissance de l'enfant et il fallut modifier le nom de famille de celle-ci. Le droit interne ne prévoyait aucune exception qui, en l'absence de liens biologiques avec l'enfant, aurait permis au requérant de maintenir une forme de relation avec elle.

*En droit*

Article 8 : A. est née lorsque le requérant était marié et celui-ci l'a déclarée comme sa fille. Ne doutant pas d'être le père de A., le requérant l'a élevée et s'est occupé d'elle

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

pendant plus de cinq ans. Comme l'ont établi l'autorité d'assistance à l'enfance et les experts psychologues, il existait un lien affectif étroit entre lui et l'enfant. La relation qui les unissait s'analysait donc en une vie familiale au sens de l'article 8 § 1. L'absence de lien biologique avec un enfant n'empêche pas l'existence d'une vie familiale au sens de cette disposition. La Cour exprime sa préoccupation à l'égard de la rigidité de la législation russe relative au droit de visite. Selon elle, le Gouvernement n'a avancé aucun élément propre à démontrer qu'il soit « nécessaire dans une société démocratique » de définir une liste rigide des personnes autorisées à maintenir un contact avec un enfant, sans prévoir aucune exception qui permettrait de prendre en compte la variété des situations de vie familiale et l'intérêt supérieur de l'enfant. Il s'ensuit qu'une personne qui, à l'instar du requérant, n'a pas de lien de parenté avec un enfant mais en a pris soin pendant une longue période et est uni avec lui par un lien interpersonnel étroit ne peut en aucun cas obtenir le droit de le voir, quel que soit l'intérêt supérieur de l'enfant.

La Cour estime qu'en ce qui concerne les droits de visite l'intérêt supérieur d'un enfant ne peut être objectivement déterminé au regard d'une disposition juridique à caractère général. Il convient de se pencher sur les circonstances particulières de chaque espèce pour qu'un juste équilibre puisse être ménagé entre les droits de toutes les personnes concernées. En conséquence, on peut interpréter l'article 8 comme imposant aux États membres l'obligation d'examiner au cas par cas la question de savoir s'il est dans l'intérêt supérieur d'un enfant de demeurer en contact avec la personne qui a pris soin de lui pendant une durée suffisamment longue, que l'enfant soit ou non lié biologiquement à cette personne. En refusant au requérant le droit de demeurer en contact avec A., sans chercher à déterminer si pareil contact aurait été dans l'intérêt supérieur de cette dernière, la Russie a manqué à cette obligation.

Une personne qui a élevé un enfant comme étant le sien pendant un certain temps ne peut être totalement exclue de sa vie une fois avéré qu'elle n'en est pas le père biologique, à moins que des motifs pertinents liés à l'intérêt supérieur de l'enfant ne le justifient. En l'espèce, aucun motif de cet ordre n'a été invoqué et il n'a jamais été suggéré que le maintien d'un contact avec le requérant eût été préjudiciable au développement de A. Au contraire, l'autorité d'assistance à l'enfance et les experts psychologues ont constaté l'existence d'un attachement mutuel étroit entre A. et le requérant, qui, de surcroît, a bien pris soin de cette enfant.

En résumé, les autorités ont manqué à leur obligation de ménager une possibilité de maintenir les liens familiaux existants entre le requérant et A. L'exclusion complète et automatique du requérant de la vie de l'enfant après sa perte de la qualité de père, due à l'inflexibilité du droit interne, et en particulier l'interdiction de tout contact sans qu'il soit tenu compte de l'intérêt supérieur de cette enfant, constitue un manquement au respect de la vie familiale du requérant.

*Conclusion* : violation (unanimité).

**Jurisprudence citée par la Cour**

- Anayo c. Allemagne*, n° 20578/07, 21 décembre 2010  
*Glaser c. Royaume-Uni*, n° 32346/96, 19 septembre 2000  
*K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, CEDH 2001-VII  
*Kopf et Liberda c. Autriche*, n° 1598/06, 17 janvier 2012  
*Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 octobre 1994, série A n° 297-C  
*Manic c. Lituanie*, n° 46600/11, 13 janvier 2015  
*Monory c. Roumanie et Hongrie*, n° 71099/01, 5 avril 2005  
*Moretti et Benedetti c. Italie*, n° 16318/07, 27 avril 2010  
*Plaza c. Pologne*, n° 18830/07, 25 janvier 2011  
*Sahin c. Allemagne* [GC], n° 30943/96, CEDH 2003-VIII  
*Schneider c. Allemagne*, n° 17080/07, 15 septembre 2011



**En l'affaire Nazarenko c. Russie,**

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

Isabelle Berro, *présidente*,  
Elisabeth Steiner,  
Khanlar Hajiyev,  
Mirjana Lazarova Trajkovska,  
Julia Laffranque,  
Ksenija Turković,  
Dmitry Dedov, *juges*,

et de Søren Nielsen, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 23 juin 2015,

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

**PROCÉDURE**

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 39438/13) dirigée contre la Fédération de Russie et dont un ressortissant de cet État, M. Anatoliy Sergejevich Nazarenko («le requérant»), a saisi la Cour le 15 mai 2013 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»).

2. Le gouvernement russe («le Gouvernement») a été représenté par son agent, M. G. Matyushkin, représentant de la Fédération de Russie auprès de la Cour européenne des droits de l'homme.

3. Le requérant alléguait en particulier que la perte de la qualité juridique de père l'avait privé du droit d'avoir des contacts avec sa fille et de défendre en justice les intérêts de celle-ci, et qu'il n'avait pas été informé de la date d'une audience d'appel.

4. Le 15 octobre 2013, les griefs ci-dessus ont été communiqués au Gouvernement et la requête a été déclarée irrecevable pour le surplus. La Cour a en outre décidé de réserver un traitement prioritaire à la requête en application de l'article 41 de son règlement.

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

5. Le requérant est né en 1965 et réside à Oulan-Oude.
6. En 2007, son épouse, N., donna naissance à une fille, prénommée A.
7. En 2010, le requérant et son épouse divorcèrent.

8. Le 18 janvier 2011, l'autorité de l'assistance à l'enfance et des tutelles (« l'autorité d'assistance à l'enfance ») du district Oktiabrski accorda la garde de A. au requérant durant les semaines paires et à N., la mère de l'enfant, durant les semaines impaires. En janvier, juin, juillet et août, A. devait résider avec le requérant durant une semaine choisie par ce dernier.

#### **A. Événements précédant la perte de la qualité juridique de père**

9. Le 22 mars 2011, le requérant constata plusieurs contusions sur le corps de A. Soupçonnant le nouveau compagnon de N. de l'avoir frappée et agressée sexuellement, il refusa de la restituer à N.

10. Durant l'année qui suivit, A. vécut avec le requérant et avec sa grand-mère paternelle. Le requérant permit à plusieurs reprises à N. de rencontrer sa fille en sa présence.

11. Le 25 mars 2011, le requérant déposa auprès de la police et du comité d'enquête du district Oktiabrski une plainte dans laquelle il alléguait que sa fille avait été frappée et agressée sexuellement par le compagnon de N. Le comité d'enquête ouvrit une enquête préliminaire.

12. Le requérant et N. demandèrent chacun de leur côté au tribunal de district Oktiabrski, sis à Oulan-Oude, que la garde de A. leur fût confiée.

13. Le 25 avril 2011, A. fut interrogée par un enquêteur en présence d'un psychologue dans le cadre de l'enquête préliminaire. Elle déclara qu'elle souhaitait vivre avec le requérant parce qu'il était gentil alors que sa mère et le compagnon de celle-ci l'avaient maltraitée. Les 27 juin et 3 août 2011, de nouveau interrogée par l'enquêteur en présence d'un psychologue, elle confirma ses déclarations précédentes.

14. Le 19 mai 2011, le tribunal de district Oktiabrski, faisant droit à la demande de N., lui accorda la garde de l'enfant et débouta le requérant de sa demande de droit de garde. Il estima que les deux parents avaient contribué de manière égale à l'éducation de l'enfant, disposaient l'un et l'autre de moyens financiers suffisants et avaient un niveau de vie comparable, mais que compte tenu du sexe et de l'âge de A., il était préférable pour elle qu'elle fût élevée par sa mère. Le tribunal considéra qu'un enfant de moins de douze ans ne peut être séparé de sa mère que dans des circonstances exceptionnelles et que l'existence de pareilles circonstances n'avait pas été établie en l'espèce. Il nota que N. avait un emploi et disposait d'un revenu suffisant et estima que rien n'indiquait qu'elle eût fait subir des mauvais traitements à sa fille, les contusions ayant pu survenir lors d'une chute ou d'un jeu et ne suffisant pas à établir la réalité des mauvais traitements allégués. Il releva qu'une enquête pénale sur ceux-ci était encore en cours. Il ajouta que la conclusion de l'expert psychologue nommé par le tribunal consistant à dire que A. était affectivement plus proche de son père et de sa grand-mère

paternelle ne pouvait être prise en compte en l'absence d'éléments prouvant que la mère eût infligé des mauvais traitements à sa fille. Le tribunal conclut qu'il était donc dans l'intérêt supérieur de A. de vivre avec sa mère.

15. Le 20 mai 2011, l'autorité d'assistance à l'enfance parvint à la conclusion que A. souhaitait vivre avec son père. Une visite du logement de ce dernier ayant démontré qu'il avait créé toutes les conditions nécessaires au bon développement de l'enfant, l'autorité estima que A. devait résider avec le requérant.

16. Le 22 juin 2011, la Cour suprême de la République de Bouriatie confirma en appel le jugement du 19 mai 2011. Elle reconnut que le tribunal de district Oktiabrski n'avait certes pas tenu compte des conclusions et de l'avis de l'autorité d'assistance à l'enfance et avait ainsi sérieusement contrevenu à la procédure prévue par la loi, mais elle estima que dès lors que l'avis de cette autorité avait une valeur consultative et non contraignante pour le tribunal, ce manquement ne justifiait pas de reconsidérer la décision du tribunal, correcte quant au fond.

17. Le 30 juin 2011, le comité d'enquête du district Oktiabrski ouvrit une procédure pénale concernant les mauvais traitements et les abus sexuels dont A. était supposée avoir été victime.

18. Le requérant ne lui ayant toujours pas restitué A., N. saisit le tribunal de district Oktiabrski pour qu'une injonction ordonnant à l'intéressé de lui restituer l'enfant fût prise.

19. Le 29 novembre 2011, le tribunal de district Oktiabrski fit droit à la demande de N. Il estima que le requérant avait refusé de respecter le jugement du 19 mai 2011, confirmé en appel, et lui ordonna de restituer A. à N. conformément audit jugement. Le 30 janvier 2012, la Cour suprême de la République de Bouriatie confirma cette décision en appel.

20. À une date non précisée, le requérant demanda pour la deuxième fois au tribunal de district Oktiabrski de lui confier la garde de A. Parallèlement, il demanda une restriction de l'autorité parentale de N. à l'égard de A.

21. Le 23 janvier 2012, le tribunal de district Oktiabrski débouta le requérant de sa demande, confirmant sa précédente décision, selon laquelle A. devait résider avec sa mère. Il cita les mêmes arguments que ceux énoncés dans sa décision du 19 mai 2011. Il ne vit en outre aucune raison de restreindre l'autorité parentale de N. à l'égard de A. Le 2 avril 2012, la Cour suprême de la République de Bouriatie confirma ce jugement en appel.

22. Le 13 mars 2012, N. enleva A. Depuis lors, elle empêche le requérant de voir sa fille.

23. Le 20 mars 2012, A. fut de nouveau interrogée par l'enquêteur en présence d'un psychologue. Elle déclara qu'elle était heureuse de vivre avec sa mère et que celle-ci s'occupait bien d'elle.

24. Le 23 avril 2012, A. fut examinée par un collège de psychologues désigné par l'enquêteur dans le cadre de l'enquête pénale. Ce collège parvint à la conclusion que A. ne présentait ni troubles ni difficultés d'apprentissage. Il nota cependant qu'étant donné son âge, son niveau de développement et le fait qu'elle était influençable, elle n'était pas en mesure de fournir des informations fiables sur ses relations avec sa mère, avec son père et avec le nouveau compagnon de sa mère.

25. Le 30 avril 2013, le comité d'enquête du district Oktiabrski prononça un non-lieu dans le cadre de la procédure pénale, estimant qu'il n'y avait pas de preuves de mauvais traitements ou d'abus sexuels et que les contusions pouvaient fort bien avoir été causées par une chute. Selon les experts, les déclarations de A. au sujet des mauvais traitements que lui aurait fait subir le compagnon de sa mère n'étaient pas fiables. La décision du tribunal indiquait également que les témoins n'avaient pas été en mesure de fournir des éléments confirmant les allégations de mauvais traitements formulées par le requérant.

### **B. Perte de la qualité juridique de père et événements ultérieurs**

26. Le requérant saisit une troisième fois le tribunal de district Oktiabrski en vue d'obtenir la garde de A. Il demanda également que N. fût déchu de son autorité parentale à l'égard de l'enfant.

27. Alors que ces demandes étaient encore pendantes, N. engagea une action en contestation de paternité contre le requérant devant le tribunal de district Oktiabrski. Elle demanda que son nom fût retiré de l'acte de naissance de A. et que le nom et le patronyme de celle-ci fussent modifiés.

28. Le 23 juillet 2012, un test ADN prouva que le requérant n'était pas le père biologique de A.

29. Le 18 septembre 2012, le tribunal de district Oktiabrski fit droit aux demandes de N. Il constata que le requérant n'était pas le père biologique de A. et le priva de sa qualité juridique de père. Il ordonna que son nom fût retiré de l'acte de naissance de A. et que le nom et le patronyme de celle-ci fussent remplacés par un nom et un patronyme sans lien avec le requérant. Le 19 novembre 2012, la Cour suprême de la République de Bouriatie confirma cette décision en appel.

30. Le 16 janvier 2013, le tribunal de district Oktiabrski classa la demande formée par le requérant pour que la garde de A. lui fût confiée et pour que N. fût déchu de son autorité parentale à l'égard de A. Il estima que n'étant pas le père biologique de A., le requérant n'avait pas qualité en droit interne pour engager une procédure au civil concernant l'autorité parentale exercée sur A. ou la garde de celle-ci. Le requérant, malade, ne comparut pas à l'audience.

31. Le 27 février 2013, la Cour suprême de la République de Bouriatie confirma cette décision en appel. Le requérant affirme ne pas avoir été avisé de la date de l'audience et n'avoir été informé de la décision rendue en appel que le 12 mars 2013.

32. Le 31 mai 2013, un juge de la Cour suprême de la République de Bouriatie refusa de renvoyer au présidium de ladite Cour un pourvoi formé par le requérant, au motif qu'aucun manquement important aux dispositions du droit matériel et du droit procédural n'avait influencé l'issue de la procédure. Le juge nota en particulier que le dossier contenait la preuve qu'une lettre avait été adressée au requérant le 7 février 2013 pour l'informer de la date de l'audience d'appel. Il ajouta que cette date avait également été publiée sur le site Internet officiel de la Cour suprême et il conclut que le requérant avait été dûment informé de la date de ladite audience.

## II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

33. Le code de la famille dispose que les parents agissent au nom de leur enfant et défendent ses droits et intérêts à l'égard de tous tiers et personnes morales. Ils le représentent en justice (article 64 § 1).

34. En cas de séparation des parents, les modalités de garde de l'enfant sont définies dans le cadre d'un accord conclu entre eux. à défaut d'accord, elles sont fixées par décision d'un tribunal, lequel tient compte de l'intérêt supérieur et de l'avis de l'enfant. Le tribunal doit en particulier prendre en considération les liens affectifs qui unissent l'enfant à chacun de ses parents et au reste de la fratrie, ses relations avec chacun de ses parents, son âge, les qualités morales et autres des parents et leur capacité à offrir à l'enfant un contexte propice à son éducation et à son développement, par exemple en termes de situation professionnelle, d'horaires de travail et de situation familiale et financière (article 65 § 3).

35. Le parent qui n'a pas la garde de l'enfant est autorisé à entretenir des liens avec lui et à participer à sa prise en charge et à son éducation. Celui qui a la garde doit s'abstenir de faire obstacle aux relations entre l'enfant et l'autre parent, sauf si ces relations nuisent à la santé physique ou psychique de l'enfant ou à son développement moral (article 66 § 1).

36. Un enfant est autorisé à entretenir des liens avec ses parents, grands-parents, frères et sœurs et autres membres de sa famille. La séparation ou le divorce des parents ou l'annulation de leur mariage est sans incidence sur les droits de l'enfant. En particulier, lorsque les parents ne résident pas sous le même toit, l'enfant est autorisé à avoir des contacts avec chacun d'eux (article 55 § 1).

37. Les grands-parents, frères et sœurs et autres membres de la famille sont autorisés à entretenir des liens avec l'enfant. Si les deux parents ou l'un

d'eux empêchent des membres de la famille proche de voir l'enfant, l'autorité d'assistance à l'enfance peut accorder un droit de visite aux proches en question. Si les parents ne respectent pas cette décision, le proche concerné peut saisir un tribunal pour demander un droit de visite. Le tribunal doit statuer dans l'intérêt supérieur de l'enfant et tenir compte de son avis. Si les parents ne respectent pas la décision du tribunal d'accorder un droit de visite, ils peuvent voir leur responsabilité légale engagée (article 67).

38. Un tribunal peut déchoir un parent de son autorité parentale à la demande de l'autre parent, d'un tuteur, du parquet ou des services sociaux si, entre autres raisons, ledit parent fait subir à l'enfant des mauvais traitements sous la forme de violences physiques ou psychiques ou d'abus sexuels (articles 69 et 70 § 1).

39. Un tribunal peut priver un parent d'une partie de son autorité parentale et lui retirer l'enfant dans l'intérêt de ce dernier à la demande d'un membre de la famille proche, des services sociaux, d'un établissement éducatif ou du parquet. L'autorité parentale peut être restreinte lorsque le parent représente un danger pour l'enfant (article 73).

40. La maternité ou la paternité d'un enfant peuvent être contestées devant un tribunal par la personne inscrite sur l'acte de naissance comme la mère ou le père de l'enfant, par la mère ou le père biologique de l'enfant, par l'enfant devenu majeur, par le tuteur de l'enfant ou par le tuteur du parent en cas d'incapacité juridique de celui-ci (article 52 § 1).

### III. TEXTES INTERNATIONAUX ET ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARÉ PERTINENTS

#### **A. Documents des Nations unies**

41. L'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant adoptée en 1989 par l'Assemblée générale des Nations unies et ratifiée par la Russie en 1990 est ainsi libellé :

« 1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

2. Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.

(...)

42. L'article 9 est libellé comme suit :

« 1. Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant.

(...)

3. Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.

(...)»

43. Dans son Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (article 3, paragraphe 1), adoptée le 29 mai 2013 (CRC/C/GC/14), le Comité des droits de l'enfant s'exprime en ces termes :

« 13. Tout État partie doit respecter et mettre en œuvre le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit évalué et soit une considération primordiale, et est tenu de prendre toutes les mesures concrètes et délibérées requises pour la pleine mise en œuvre de ce droit.

14. Le paragraphe 1 de l'article 3 fixe un cadre comportant trois types différents d'obligation pour les États parties :

a) L'obligation de veiller à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit *intégré de manière appropriée et systématiquement appliqué* dans toutes les actions conduites par une institution publique, en particulier toutes les mesures d'application et les procédures administratives et judiciaires qui ont une incidence directe ou indirecte sur les enfants ;

b) L'obligation de veiller à ce qu'il ressorte de toutes les décisions judiciaires et administratives ainsi que des politiques et des textes législatifs concernant les enfants que l'intérêt supérieur de l'enfant a été une considération primordiale. Cela suppose notamment de décrire comment l'intérêt supérieur a été examiné et évalué et quel poids lui a été conféré dans la décision ;

(...)

15. Pour s'acquitter de ces obligations, les États parties devraient prendre un certain nombre de mesures d'application conformément à l'article 4, à l'article 42 et au paragraphe 6 de l'article 44 de la Convention, et veiller à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération primordiale dans toutes les actions, notamment :

a) Examiner et, si nécessaire, modifier la législation interne et les autres sources de droit en vue d'y incorporer le paragraphe 1 de l'article 3 et faire en sorte que la prescription relative à la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant soit reflétée et mise en œuvre dans la totalité des dispositions législatives et réglementaires nationales, des législations provinciales ou territoriales, des règles régissant le fonctionnement

des institutions privées ou publiques fournissant des services aux enfants ou ayant un impact sur les enfants et des procédures judiciaires et administratives, à tous les niveaux, aussi bien en tant que droit de fond qu'en tant que règle de procédure ;

(...)

c) Instituer des mécanismes et procédures de plainte, de recours et de réparation afin de donner effet pleinement au droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit intégré de manière appropriée et systématiquement mis en œuvre dans toutes les mesures d'application et dans les procédures administratives et judiciaires qui le concernent ou ont un impact sur lui ;

(...)

29. En matière civile, l'enfant peut défendre ses intérêts directement ou par l'intermédiaire d'un représentant dans les affaires concernant la paternité, la maltraitance ou le délaissement d'enfants, la réunification familiale, l'hébergement, etc. Le jugement peut avoir des conséquences pour l'enfant, par exemple dans les procédures d'adoption ou de divorce, les décisions relatives à la garde, au lieu de résidence, aux contacts ou à d'autres questions ont un fort impact sur la vie et le développement de l'enfant, tout comme les procédures relatives à la maltraitance ou au délaissement d'enfants. Les tribunaux sont tenus de veiller à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit pris en considération dans toutes les situations et toutes les décisions, qu'elles portent sur la procédure ou le fond, ainsi que de démontrer que tel a effectivement été le cas.

(...)

36. L'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale lors de l'adoption de toutes les mesures de mise en œuvre. L'expression « doit être » impose aux États une obligation juridique stricte et signifie qu'ils n'ont pas le pouvoir discrétionnaire de décider s'il y a lieu ou non d'évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant et de lui attribuer le poids requis en tant que considération primordiale dans toute mesure qu'ils adoptent.

(...)

60. La prévention de la séparation de la famille et la préservation de l'unité familiale, qui sont des pans importants du système de protection de l'enfance, ont pour fondement le droit énoncé au paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention, aux termes duquel « l'enfant [n'est] pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que [...] cette séparation [soit] nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant ». En outre, l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux a le droit « d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant » (art. 9, par. 3). Ce droit s'étend à toute personne ayant des droits de garde, aux pourvoyeurs primaires coutumiers de soins, aux parents nourriciers et aux personnes avec lesquelles l'enfant a une solide relation personnelle.

(...)

## B. Éléments de droit comparé

44. L'article 371-4 du code civil français dispose que si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, qui a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation et a noué avec lui des liens affectifs durables.

45. L'article 1685 du code civil allemand dispose que toute personne entretenant des liens étroits avec l'enfant peut demander un droit de visite si elle assume ou a assumé une responsabilité effective à l'égard de l'enfant (relation sociale ou familiale) et si ce droit sert l'intérêt supérieur de l'enfant. Il y a en général lieu de présumer l'existence d'une « responsabilité effective » si la personne concernée a vécu durablement sous le même toit que l'enfant.

46. En vertu de l'article 10 de la loi de 1989 sur les enfants (*Children Act 1989*) en vigueur au Royaume-Uni, peuvent en particulier demander un droit de visite « toute partie à un mariage (que les liens du mariage subsistent ou non) pour laquelle l'enfant est un enfant de la famille », un parent nourricier ou un membre de la famille proche avec lequel l'enfant a vécu pendant au minimum une année immédiatement avant la demande de droit de visite ou toute personne avec laquelle l'enfant a vécu pendant au minimum trois ans.

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

47. Le requérant se plaint de ce que la perte de la qualité juridique de père l'a privé du droit d'avoir des contacts avec sa fille et de défendre en justice les intérêts de celle-ci. Il invoque l'article 8 de la Convention, qui 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. Sur la recevabilité

48. La Cour relève que ce grief n'est pas manifestement mal fondé, au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention, et qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Elle le déclare donc recevable.

## B. Sur le fond

### 1. Les thèses des parties

49. Le Gouvernement fait valoir qu'un test ADN a établi que le requérant n'était pas le père biologique de A. Il ajoute que ce test a été pratiqué selon le protocole prévu par la loi et que les juridictions russes l'ont considéré comme une preuve admissible et fiable offrant une base suffisante pour priver le requérant de la qualité juridique de père à l'égard de A. Il estime dès lors que rien ne permet de douter de la fiabilité de ce test ADN.

50. Le Gouvernement avance que la perte de la qualité juridique de père est compatible avec la Convention dès lors qu'il a été établi que le père « légitime » d'un enfant n'est pas son père biologique. Il soutient que, selon la jurisprudence de la Cour, le respect de la vie familiale exige que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale de paternité (il renvoie à *Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 octobre 1994, § 40, série A n° 297-C, et *Shofman c. Russie*, n° 74826/01, § 44, 24 novembre 2005). Il ajoute que la décision de priver le requérant de sa qualité de père à l'égard de A. avait une base en droit interne, en l'occurrence l'article 52 § 1 du code de la famille (paragraphe 40 ci-dessus), lequel ne fixe pas de délai pour l'engagement d'une action en contestation de paternité.

51. Le Gouvernement explique par ailleurs que, selon le droit russe, seuls les membres de la famille proche – parents, grands-parents, arrière-grands-parents, frères et sœurs, oncles, tantes et cousins – ont le droit d'entretenir des liens avec un enfant (paragraphe 37 ci-dessus) et que le requérant, ayant été privé de sa qualité de père à l'égard de A., ne peut prétendre en droit interne au maintien des relations avec celle-ci. Le Gouvernement fait observer à cet égard que le requérant n'a jamais engagé de procédure judiciaire pour obtenir un droit de visite et ajoute qu'en tout état de cause, étant donné le conflit opposant le requérant à la mère de A., l'octroi d'un droit de visite n'aurait pas servi l'intérêt supérieur de l'enfant (il renvoie à la décision *Nekvedavicius c. Allemagne*, n° 46165/99, 19 juin 2003).

52. Le Gouvernement fait valoir par ailleurs que le requérant n'avait pas qualité en droit interne pour demander à un tribunal de déchoir la mère de A. de son autorité parentale, car, selon le droit russe, pareille décision ne pourrait être sollicitée d'un tribunal que par un parent, un tuteur, le

parquet ou les services sociaux (paragraphe 38 ci-dessus). Il estime donc que la décision du tribunal de classer la procédure était légale.

53. Enfin, le Gouvernement soutient que, dans toutes les décisions qu'elles ont rendues, les juridictions internes ont placé l'intérêt supérieur de l'enfant au cœur de leurs considérations. Elles auraient en particulier estimé qu'il était dans l'intérêt de A. d'être élevée par sa mère.

54. Le requérant maintient quant à lui ses griefs.

## 2. *L'appréciation de la Cour*

55. La Cour doit d'abord examiner s'il existait entre le requérant et A. une relation constitutive d'une vie privée ou familiale au sens de l'article 8 de la Convention.

56. La Cour rappelle que la notion de «vie familiale» au sens de l'article 8 de la Convention ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et qu'elle peut englober d'autres liens «familiaux» de fait (*Anayo c. Allemagne*, n° 20578/07, § 55, 21 décembre 2010, avec d'autres références). L'existence ou l'absence d'une «vie familiale» au sens de l'article 8 est d'abord une question de fait, qui dépend de l'existence réelle et concrète de liens personnels étroits (*K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 150, CEDH 2001-VII). Si en règle générale une cohabitation peut constituer une condition d'une telle relation, exceptionnellement d'autres facteurs peuvent aussi servir à démontrer qu'une relation a suffisamment de constance pour créer des «liens familiaux» de fait (*Kroon et autres*, précité, § 30).

57. La Cour a considéré dans des affaires antérieures que le lien entre une famille d'accueil et un enfant recueilli ayant cohabité pendant de nombreux mois était constitutif d'une «vie familiale» au sens de l'article 8 § 1 en dépit de l'absence de lien biologique. Elle a estimé qu'un lien interpersonnel étroit, comparable à celui existant entre des parents et leurs enfants, s'était instauré entre la famille nourricière et l'enfant, celle-ci se comportant à tous égards comme ses parents (*Moretti et Benedetti c. Italie*, n° 16318/07, §§ 49-50, 27 avril 2010, et *Kopf et Liberda c. Autriche*, n° 1598/06, § 37, 17 janvier 2012).

58. En l'espèce, la Cour note que A. est née alors que le requérant et N. était mariés, et que le requérant l'a déclarée comme sa fille. Ne doutant pas être le père de A., il l'a élevée et s'est occupé d'elle pendant plus de cinq ans. Comme l'ont établi l'autorité d'assistance à l'enfance et les psychologues, il existait un lien affectif étroit entre lui et l'enfant (paragraphe 14-15 ci-dessus). étant donné que le requérant et A. ont cru être père et fille pendant des années, jusqu'à ce qu'il fût finalement découvert que le requérant n'était pas le père biologique de l'enfant, et compte tenu des liens interpersonnels

étroits qui se sont noués entre eux, la Cour estime que la relation qui les unit s'analyse en une «vie familiale» au sens de l'article 8 § 1.

59. La Cour examine ensuite s'il y a eu manquement au respect de la vie familiale du requérant.

60. Elle note que lorsque l'existence d'un lien familial a été établie, l'État doit en principe agir de manière à permettre le maintien de ce lien. Pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale et toute mesure interne qui les en empêche constitue une ingérence dans le droit protégé par l'article 8 de la Convention (voir, entre autres, *Monory c. Roumanie et Hongrie*, n° 71099/01, § 70, 5 avril 2005, et *K. et T. c. Finlande*, précité, § 150).

61. En outre, même si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il peut engendrer de surcroît des obligations positives inhérentes à un «respect» effectif de la vie familiale. Ces obligations peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie familiale, jusque dans les relations interpersonnelles, et notamment la création d'un cadre réglementaire instaurant un mécanisme judiciaire et exécutoire destiné à protéger les droits des individus et la mise en œuvre, le cas échéant, de mesures spécifiques (*Glaser c. Royaume-Uni*, n° 32346/96, § 63, 19 septembre 2000).

62. S'agissant de l'obligation pour l'État de prendre des mesures positives, la Cour a dit de multiples reprises que l'article 8 implique le droit d'un parent à bénéficier de mesures propres à le réunir avec son enfant et l'obligation pour les autorités nationales de prendre ces mesures. Ces principes trouvent aussi à s'appliquer à des affaires ayant trait à un conflit opposant les parents et/ou d'autres membres de la famille de l'enfant au sujet du contact avec l'enfant et du lieu de résidence de celui-ci (*Manic c. Lituanie*, n° 46600/11, § 101, 13 janvier 2015, avec d'autres références).

63. En ce qui concerne tant les obligations positives que les obligations négatives, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble; de même, dans les deux cas, l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation (*Glaser*, précité, § 63). L'article 8 exige que les autorités nationales ménagent un juste équilibre entre les intérêts de l'enfant et ceux des parents et que, ce faisant, elles attachent une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant, qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui des parents (*Sabin c. Allemagne* [GC], n° 30943/96, § 66, CEDH2003-VIII, et *Plaza c. Pologne*, n° 18830/07, § 71, 25 janvier 2011).

64. En l'espèce, le requérant a été privé de sa qualité juridique de parent à l'égard de A. et son nom a été supprimé du certificat de naissance de celle-ci après qu'il eut été établi qu'il n'en était pas le père biologique. Il a alors

perdu l'ensemble de ses droits parentaux à l'égard de A., y compris le droit de maintenir des contacts avec elle. De fait, le code de la famille dispose que seuls les parents, les grands-parents, les frères et sœurs et les autres membres de la famille d'un enfant ont le droit d'entretenir des liens avec celui-ci (paragraphe 35-37 ci-dessus). Comme l'a constaté le Gouvernement, le droit interne n'autorise pas le requérant à entretenir des liens avec A., parce qu'il n'est plus considéré comme son parent ou comme un autre membre de sa famille. Dans ces conditions, la Cour estime que toute demande formée auprès d'un tribunal pour obtenir le droit de voir l'enfant est vouée à l'échec en vertu du droit interne en vigueur.

65. La Cour exprime sa préoccupation à l'égard de la rigidité de la législation russe relative au droit de visite. Celle-ci fixe une liste limitative des personnes qui ont le droit de demeurer en contact avec un enfant, sans prévoir la moindre exception pour tenir compte de la diversité des situations familiales et de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il s'ensuit qu'une personne qui, à l'instar du requérant, n'a pas de lien de parenté avec un enfant mais en a pris soin pendant une longue période et est uni avec lui par un lien interpersonnel étroit ne peut en aucun cas obtenir le droit de le voir, quel que soit l'intérêt supérieur de l'enfant. De surcroît, le Gouvernement n'a avancé aucun élément propre à démontrer qu'il soit « nécessaire dans une société démocratique » de définir une liste rigide des personnes autorisées à maintenir un contact avec un enfant, sans prévoir aucune exception qui permettrait de prendre en compte la variété des situations de vie familiale et l'intérêt supérieur de l'enfant dans les circonstances particulières de chaque espèce.

66. La Cour estime qu'en ce qui concerne les droits de visite, l'intérêt supérieur d'un enfant ne peut être objectivement déterminé au regard d'une disposition juridique à caractère général. Étant donné la grande variété des situations de vie familiale qui peuvent être concernées, il convient de se pencher sur les circonstances particulières de chaque espèce pour qu'un juste équilibre puisse être ménagé entre les droits de toutes les personnes concernées (voir, *mutatis mutandis*, *Schneider c. Allemagne*, n° 17080/07, § 100, 15 septembre 2011). En conséquence, on peut interpréter l'article 8 comme imposant aux États membres l'obligation d'examiner au cas par cas la question de savoir s'il est dans l'intérêt supérieur d'un enfant de demeurer en contact avec la personne qui a pris soin de lui pendant une durée suffisamment longue, que l'enfant soit ou non lié biologiquement à cette personne. En refusant au requérant le droit de demeurer en contact avec A. sans chercher à déterminer si pareil contact serait dans l'intérêt supérieur de A., la Russie a manqué à cette obligation.

67. La Cour observe que l'application du droit interne a eu pour effet d'exclure totalement et automatiquement le requérant de la vie de A. dès la perte de sa qualité juridique de père. Or elle estime qu'une personne qui a élevé un enfant comme étant le sien pendant un certain temps ne peut être totalement exclue de sa vie une fois avéré qu'elle n'en est pas le père biologique, à moins que des motifs pertinents liés à l'intérêt supérieur de l'enfant ne le justifient. En l'espèce, aucun motif de cet ordre n'a été invoqué et il n'a jamais été suggéré que le maintien d'un contact avec le requérant eût été préjudiciable au développement de A. Au contraire, l'autorité d'assistance à l'enfance et les experts psychologues ont constaté l'existence d'un attachement mutuel étroit entre A. et le requérant, qui, de surcroît, a bien pris soin de cette enfant (paragraphe 14-15 ci-dessus).

68. À la lumière de ce qui précède, la Cour estime que les autorités ont manqué à leur obligation de ménager une possibilité de maintenir les liens familiaux existants entre le requérant et A. L'exclusion complète et automatique du requérant de la vie de l'enfant après qu'il eut perdu la qualité juridique de père à son égard, due à l'inflexibilité du droit interne, et en particulier l'interdiction de tout contact sans qu'il soit tenu compte de l'intérêt supérieur de cette enfant, constitue un manquement au respect de la vie familiale du requérant.

Partant, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

(...)

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

(...)

2. *Déclare* la requête recevable ;

3. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention ;

(...)

Fait en français, puis communiqué par écrit le 16 juillet 2015, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement de la Cour.

Søren Nielsen  
Greffier

Isabelle Berro  
Présidente

PARRILLO c. ITALIE  
*(Requête n° 46470/11)*

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 27 AOÛT 2015<sup>1</sup>

---

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



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Interdiction du don d'embryons pour la recherche scientifique issus d'une fécondation *in vitro***

La notion de «vie privée» au sens de l'article 8 s'applique au souhait d'une femme de se voir remettre les embryons issus d'une fécondation *in vitro* suivie par elle et destinés non à être implantés mais à être donnés à la recherche. Cette possibilité d'exercer un choix conscient et réfléchi quant au sort à réserver à ses embryons touche un aspect intime de sa vie personnelle mettant en cause son droit à l'autodétermination (paragraphe 152-153 et 159 de l'arrêt). S'il n'est pas dénué d'importance, le droit de donner des embryons à la recherche scientifique ne fait pas partie du noyau dur des droits protégés par l'article 8 en ce qu'il ne porte pas sur un aspect particulièrement important de l'existence et de l'identité de l'intéressée. En conséquence, il y a lieu d'accorder à l'État défendeur une ample marge d'appréciation à cet égard (paragraphe 174-175 de l'arrêt).

**Article 8**

*Respect de la vie privée – Interdiction du don d'embryons pour la recherche scientifique issus d'une fécondation in vitro – Applicabilité – Droit à l'autodétermination – But de protection de la morale et des droits et libertés d'autrui – Droit ne faisant pas partie du noyau dur des droits protégés – Ample marge d'appréciation – Interrogations délicates d'ordre moral et éthique – Absence de consensus européen – Limites visant à freiner les excès – Prise en compte des différents intérêts lors du processus d'élaboration de la loi litigieuse – Désir de contribuer à la recherche n'affectant pas directement l'intéressée – Nécessaire dans une société démocratique*

\*

\* \*

*En fait*

En 2002, la requérante eut recours aux techniques de la procréation médicalement assistée, effectuant une fécondation *in vitro* avec son compagnon dans un centre de médecine reproductive («le centre»). Les cinq embryons issus de cette fécondation furent cryoconservés, mais le compagnon de la requérante décéda avant qu'une implantation ne soit effectuée. Ayant renoncé à démarrer une grossesse, la requérante décida de donner ses embryons à la recherche scientifique pour contribuer au progrès du traitement des maladies difficilement curables.

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

À cet effet, elle formula oralement plusieurs demandes de mise à disposition de ses embryons auprès du centre dans lequel ceux-ci étaient conservés, en vain. Par une lettre du 14 décembre 2011, la requérante demanda au directeur du centre de mettre à sa disposition les cinq embryons cryoconservés afin que ceux-ci servent à la recherche sur les cellules souches. Le directeur rejeta cette demande, indiquant que ce genre de recherches était interdit et sanctionné pénalement en Italie, en application de l'article 13 de la loi n° 40 du 19 février 2004 (« la loi »).

Les embryons en question sont actuellement conservés dans la banque cryogénique du centre.

*En droit*

1. Article 8 de la Convention :

a) *Applicabilité* – La Cour est appelée pour la première fois à se prononcer sur la question de savoir si le « droit au respect de la vie privée » garanti par l'article 8 de la Convention peut englober le droit que la requérante invoque devant elle, à savoir celui de disposer d'embryons issus d'une fécondation *in vitro* dans le but d'en faire don à la recherche scientifique.

L'objet du litige porte sur la limitation du droit revendiqué par la requérante de décider du sort de ses embryons, droit qui relève tout au plus de la « vie privée ». Dans les affaires où se posait la question particulière du sort à réserver aux embryons issus d'une procréation médicalement assistée, la Cour s'est référée à la liberté de choix des parties. L'ordre juridique italien accorde aussi du poids à la liberté de choix des parties à un traitement par fécondation *in vitro* en ce qui concerne le sort des embryons non destinés à l'implantation.

En l'espèce, la Cour doit aussi avoir égard au lien existant entre la personne qui a eu recours à une fécondation *in vitro* et les embryons ainsi conçus, et qui tient au fait que ceux-ci renferment le patrimoine génétique de la personne en question et représentent à ce titre une partie constitutive de celle-ci et de son identité biologique.

Ainsi, la possibilité pour la requérante d'exercer un choix conscient et réfléchi quant au sort à réserver à ses embryons touche un aspect intime de sa vie personnelle et relève à ce titre de son droit à l'autodétermination. L'article 8 de la Convention trouve donc à s'appliquer en l'espèce sous l'angle du droit au respect de la vie privée.

b) *Fond* – L'interdiction faite par la loi de donner à la recherche scientifique des embryons issus d'une fécondation *in vitro* non destinés à l'implantation constitue une ingérence dans le droit de la requérante au respect de sa vie privée. À l'époque où la requérante a eu recours à une fécondation *in vitro*, la question du don des embryons non implantés issus de cette technique n'était pas réglementée. Par conséquent, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi litigieuse, il n'était nullement interdit à la requérante de donner ses embryons à la recherche scientifique.

La Cour admet que la « protection de la potentialité de vie dont l'embryon est porteur » peut être rattachée au but de protection de la morale et des droits et libertés d'autrui. Toutefois, cela n'implique aucun jugement de la Cour sur le point de

savoir si le mot « autrui » englobe l'embryon humain, au sens où cette notion est entendue par le Gouvernement, à savoir que, dans l'ordre juridique italien, l'embryon humain est considéré comme un sujet de droit devant bénéficier du respect dû à la dignité humaine.

Non dénué d'importance, le droit de donner des embryons à la recherche scientifique invoqué par la requérante ne fait pas partie du noyau dur des droits protégés par l'article 8 de la Convention, ne portant pas sur un aspect particulièrement important de l'existence et de l'identité de l'intéressée. En conséquence, et eu égard aux principes dégagés par la jurisprudence de la Cour, il y a lieu d'accorder à l'État défendeur une ample marge d'appréciation en l'espèce.

De plus, la question du don d'embryons non destinés à l'implantation suscite des interrogations délicates d'ordre moral et éthique. Il n'existe en la matière aucun consensus européen sachant que certains États autorisent la recherche sur les lignées cellulaires embryonnaires humaines, d'autres l'interdisent expressément et d'autres n'autorisent les recherches de ce genre que sous certaines conditions strictes, exigeant par exemple qu'elles visent à protéger la santé de l'embryon ou qu'elles utilisent des lignées cellulaires importées de l'étranger.

Les instruments internationaux confirment que les autorités nationales jouissent d'une ample marge de discrétion pour adopter des législations restrictives lorsque la destruction d'embryons humains est en jeu. Les limites imposées au niveau européen visent plutôt à freiner les excès dans ce domaine.

L'élaboration de la loi nationale litigieuse avait donné lieu à un important débat qui avait tenu compte des différentes opinions et des questions scientifiques et éthiques existant en la matière. Cette dernière avait fait l'objet de plusieurs référendums qui ont échoué faute de quorum. Ainsi, lors du processus d'élaboration de la loi litigieuse, le législateur avait déjà tenu compte des différents intérêts ici en cause, notamment celui de l'État à protéger l'embryon et celui des personnes concernées à exercer leur droit à l'autodétermination individuelle sous la forme d'un don de leurs embryons à la recherche.

La requérante allègue que la législation italienne relative à la procréation médicalement assistée est incohérente, en vue de démontrer le caractère disproportionné de l'ingérence dont elle se plaint. La Cour n'a point pour tâche d'analyser *in abstracto* la cohérence de la législation italienne en la matière. Pour être pertinentes aux fins de son examen, les contradictions dénoncées par la requérante doivent se rapporter à l'objet du grief qu'elle soulève devant la Cour, à savoir la limitation de son droit à l'autodétermination quant au sort à réserver à ses embryons.

Quant aux recherches effectuées en Italie sur des lignées cellulaires embryonnaires importées issues d'embryons ayant été détruits à l'étranger, si le droit invoqué par la requérante de décider du sort de ses embryons est lié à son désir de contribuer à la recherche scientifique, il n'y a toutefois pas lieu d'y voir une circonstance affectant directement l'intéressée. De surcroît, les lignées de cellules embryonnaires utilisées dans les laboratoires italiens à des fins de recherche ne sont jamais produites à la

demande des autorités italiennes. Aussi, la destruction volontaire et active d'un embryon humain ne saurait être assimilée à l'utilisation de lignées cellulaires issues d'embryons humains détruits à un stade antérieur.

Même à les supposer avérées, les incohérences de la législation alléguées par la requérante ne sont pas de nature à affecter directement le droit qu'elle invoque en l'espèce.

Enfin, le choix de donner les embryons litigieux à la recherche scientifique résulte de la seule volonté de la requérante, son compagnon étant décédé. Or aucun élément n'atteste que ce dernier, qui était concerné par les embryons en cause au même titre que la requérante à l'époque de la fécondation, aurait fait le même choix. Par ailleurs, cette situation ne fait pas non plus l'objet d'une réglementation sur le plan interne.

Ainsi le Gouvernement n'a pas excédé en l'espèce l'ample marge d'appréciation dont il jouit en la matière, et l'interdiction litigieuse était nécessaire dans une société démocratique.

*Conclusion* : non-violation (seize voix contre une).

2. Article 1 du Protocole n° 1 : concernant l'applicabilité de l'article 1 du Protocole n° 1 aux faits en cause, les parties ont des positions diamétralement opposées, tout particulièrement en ce qui concerne le statut de l'embryon humain *in vitro*. Toutefois, il n'est pas nécessaire de se pencher ici sur la question, délicate et controversée, du début de la vie humaine, l'article 2 de la Convention n'étant pas en cause en l'espèce.

Quant à l'article 1 du Protocole n° 1, il ne s'applique pas dans le cas présent. En effet, eu égard à la portée économique et patrimoniale qui s'attache à cet article, les embryons humains ne sauraient être réduits à des « biens » au sens de cette disposition. Cette partie de la requête est donc rejetée comme étant incompatible *ratione materiae*.

*Conclusion* : irrecevable (unanimité).

### **Jurisprudence citée par la Cour**

- A, B et C c. Irlande* [GC], n° 25579/05, CEDH 2010  
*Beyeler c. Italie* [GC], n° 33202/96, CEDH 2000-I  
*Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, CEDH 2004-V  
*Brozicek c. Italie*, 19 décembre 1989, série A n° 167  
*C.G.I.L. et Cofferati c. Italie*, n° 46967/07, 24 février 2009  
*Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, CEDH 2002-VI  
*Çınar c. Turquie*, n° 17864/91, décision de la Commission  
 du 5 septembre 1994, Décisions et rapports 79-A  
*Costa et Pavan c. Italie*, n° 54270/10, 28 août 2012  
*Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, CEDH 2007-V  
*Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A n° 45  
*Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, CEDH 2007-I

- Fretté c. France*, n° 36515/97, CEDH 2002-I  
*Gratzinger et Gratzingerova c. République tchèque* (déc.)  
 [GC], n° 39794/98, CEDH 2002-VII  
*Grišankova et Grišankovs c. Lettonie* (déc.), n° 36117/02, CEDH 2003-II  
*Hasan Uzun c. Turquie* (déc.), n° 10755/13, 30 avril 2013  
*Iatridis c. Grèce* [GC], n° 31107/96, CEDH 1999-II  
*Immobiliare Saffi c. Italie* [GC], n° 22774/93, CEDH 1999-V  
*K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, CEDH 2001-VII  
*Knecht c. Roumanie*, n° 10048/10, 2 octobre 2012  
*Koçintar c. Turquie* (déc.), n° 77429/12, 1<sup>er</sup> juillet 2014  
*Kopecký c. Slovaquie* [GC], n° 44912/98, CEDH 2004-IX  
*Kutzner c. Allemagne*, n° 46544/99, CEDH 2002-I  
*Leandro Da Silva c. Luxembourg*, n° 30273/07, 11 février 2010  
*M.C. et autres c. Italie*, n° 5376/11, 3 septembre 2013  
*McFarlane c. Irlande* [GC], n° 31333/06, 10 septembre 2010  
*Melnītis c. Lettonie*, n° 30779/05, 28 février 2012  
*Mifsud c. France* (déc.) [GC], n° 57220/00, CEDH 2002-VIII  
*Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, série A n° 142  
*Olsson c. Suède (n° 1)*, 24 mars 1988, série A n° 130  
*P., C. et S. c. Royaume-Uni*, n° 56547/00, CEDH 2002-VI  
*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CEDH 2002-III  
*S.A.S. c. France* [GC], n° 43835/11, CEDH 2014  
*S.B. et autres c. Belgique* (déc.), n° 63403/00, 6 avril 2004  
*S.H. et autres c. Autriche* [GC], n° 57813/00, CEDH 2011  
*Scoppola c. Italie (n° 2)* [GC], n° 10249/03, 17 septembre 2009  
*Union Alimentaria Sanders S.A. c. Espagne*, n° 11681/85, décision de la  
 Commission du 11 décembre 1987, Décisions et rapports 54  
*Vallianatos et autres c. Grèce* [GC], n<sup>os</sup> 29381/09 et 32684/09, 7 novembre 2013  
*Vučković et autres c. Serbie* (exception préliminaire) [GC],  
 n<sup>os</sup> 17153/11 et 29 autres, 25 mars 2014  
*W. c. Allemagne*, n° 10785/84, décision de la Commission  
 du 18 juillet 1986, Décisions et rapports 48  
*X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II



**En l'affaire Parrillo c. Italie,**

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

Dean Spielmann, *président*,  
Josep Casadevall,  
Guido Raimondi,  
Mark Villiger,  
Isabelle Berro,  
Ineta Ziemele,  
George Nicolaou,  
András Sajó,  
Ann Power-Forde,  
Nebojša Vučinić,  
Ganna Yudkivska,  
Vincent A. De Gaetano,  
Julia Laffranque,  
Paulo Pinto de Albuquerque,  
Helen Keller,  
Faris Vehabović,  
Dmitry Dedov, *juges*,

et de Johan Callewaert, *greffier adjoint de la Grande Chambre*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 18 juin 2014 et 22 avril 2015,

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

**PROCÉDURE**

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 46470/11) dirigée contre la République italienne et dont une ressortissante de cet État, M<sup>me</sup> Adelina Parrillo (« la requérante »), a saisi la Cour le 26 juillet 2011 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> Nicolò Paoletti, M<sup>e</sup> C. Sartori et M<sup>e</sup> Natalia Paoletti, avocats à Rome. Le gouvernement italien (« le Gouvernement ») a été représenté par ses co-agents, M<sup>me</sup> P. Accardo et M. G. Mauro Pellegrini.

3. La requérante alléguait en particulier que l'interdiction, édictée par l'article 13 de la loi n° 40 du 19 février 2004, de donner à la recherche scientifique des embryons conçus par procréation médicalement assistée était incompatible avec son droit au respect de sa vie privée et son droit au

respect de ses biens, protégés respectivement par l'article 8 de la Convention et l'article 1 du Protocole n° 1. Elle se plaignait également d'une violation de la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention, dont la recherche scientifique constitue à ses yeux un aspect fondamental.

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

5. Le 28 mai 2013, les griefs tirés de l'article 8 de la Convention et de l'article 1 du Protocole n° 1 ont été communiqués au Gouvernement et la requête a été déclarée irrecevable pour le surplus.

6. Le 28 janvier 2014, une chambre de la deuxième section composée de Işıl Karakaş, présidente, Guido Raimondi, Peer Lorenzen, Dragoljub Popović, András Sajó, Nebojša Vučinić et Paulo Pinto de Albuquerque, juges, ainsi que de Stanley Naismith, greffier de section, s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre, aucune des parties ne s'y étant opposé (article 30 de la Convention et article 72 du règlement).

7. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément à l'article 26 §§ 4 et 5 de la Convention et à l'article 24 du règlement.

8. Tant la requérante que le Gouvernement ont déposé un mémoire sur la recevabilité et sur le fond de l'affaire.

9. Le Centre européen pour la justice et les droits de l'homme (ECLJ), les associations « Movimento per la vita », « Scienza e vita », « Forum delle associazioni familiari », « Luca Coscioni », « Amica Cicogna Onlus », « L'Altra Cicogna Onlus », « Cerco Un Bimbo », « VOX – Osservatorio italiano sui Diritti », « SIFES – Society of Fertility, Sterility and Reproductive Medicine » et « Cittadinanzattiva » ainsi que quarante-six membres du Parlement italien se sont vu accorder l'autorisation d'intervenir dans la procédure écrite (article 36 § 2 de la Convention et article 44 § 3 du règlement).

10. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 18 juin 2014 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M<sup>me</sup> P. Accardo

M. G. Mauro Pellegrini

*co-agents,*

M<sup>me</sup> A. Morresi, membre du Comité national  
pour la bioéthique, professeur de chimie physique,  
Département de chimie, biologie et biotechnologie,  
université de Pérouse

M<sup>me</sup> D. Fehily, inspectrice et conseiller technique  
auprès du Centre national de transplantation, Rome *conseillers;*

– *pour la requérante*

M<sup>es</sup> N. Paoletti

C. Sartori

N. Paoletti,

*conseils,*

M. M. De Luca, professeur de biochimie,  
directeur du Centre pour la médecine  
régénérative « Stefano Ferrari »,

université de Modène et Reggio Emilia,

*conseiller.*

La Cour a entendu en leurs déclarations M<sup>me</sup> Accardo, M<sup>me</sup> Morresi, M<sup>e</sup> Paoletti, M. De Luca et M<sup>e</sup> Sartori, ainsi que M<sup>me</sup> Accardo, M. Mauro Pellegrini, M. De Luca, M<sup>e</sup> Paoletti et M<sup>e</sup> Paoletti en leurs réponses aux questions posées par les juges.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

11. La requérante est née en 1954 et réside à Rome.

12. En 2002, elle eut recours aux techniques de la procréation médicalement assistée, effectuant une fécondation *in vitro* avec son compagnon au Centre de médecine reproductive du *European Hospital* (« le centre ») de Rome. Les cinq embryons issus de cette fécondation furent cryoconservés.

13. Avant qu'une implantation ne soit effectuée, le compagnon de la requérante décéda le 12 novembre 2003 lors d'un attentat à Nasiriya (Iraq), alors qu'il réalisait un reportage de guerre.

14. Ayant renoncé à démarrer une grossesse, la requérante décida de donner ses embryons à la recherche scientifique pour contribuer au progrès du traitement des maladies difficilement curables.

15. D'après les informations fournies lors de l'audience devant la Grande Chambre, la requérante formula oralement plusieurs demandes de mise à disposition de ses embryons auprès du centre dans lequel ceux-ci étaient conservés, en vain.

16. Par une lettre du 14 décembre 2011, la requérante demanda au directeur du centre de mettre à sa disposition les cinq embryons cryoconservés afin que ceux-ci servent à la recherche sur les cellules souches. Le directeur rejeta cette demande, indiquant que ce genre de recherches était interdit et sanctionné pénalement en Italie, en application de l'article 13 de la loi n° 40 du 19 février 2004 (« la loi n° 40/2004 »).

17. Les embryons en question sont actuellement conservés dans la banque cryogénique du centre où la fécondation *in vitro* a été effectuée.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

### A. La loi n° 40 du 19 février 2004, entrée en vigueur le 10 mars 2004 (« Normes en matière de fécondation médicalement assistée »)

#### Article 1 – Finalité

« 1. Afin de remédier aux problèmes reproductifs découlant de la stérilité ou de l'infertilité humaines, il est permis de recourir à la procréation médicalement assistée dans les conditions et selon les modalités prévues par la présente loi, qui garantit les droits de toutes les personnes concernées, y compris ceux du sujet ainsi conçu. »

#### Article 5 – Conditions d'accès

« (...) [seuls] des couples [composés de personnes] majeur[e]s, de sexe différent, marié[e]s ou menant une vie commune, en âge de procréer et vivantes peuvent recourir aux techniques de la procréation médicalement assistée. »

#### Article 13 – Expérimentation sur l'embryon humain

« 1. Toute expérimentation sur l'embryon humain est interdite.

2. La recherche clinique et expérimentale sur l'embryon humain ne peut être autorisée que si elle poursuit exclusivement des finalités thérapeutiques et diagnostiques tendant à la protection de la santé ainsi qu'au développement de l'embryon et s'il n'existe pas d'autres méthodes.

(...)

4. La violation de l'interdiction prévue à l'alinéa 1<sup>er</sup> est punie d'une peine de deux à six ans d'emprisonnement et d'une amende de 50 000 à 150 000 euros. (...)

5. Tout professionnel de la santé condamné pour une infraction prévue au présent article fera l'objet d'une suspension d'exercice professionnel pour une durée de un à trois ans. »

#### Article 14 – Limites à l'application des techniques sur l'embryon

« 1. La cryoconservation et la suppression d'embryons sont interdites, sans préjudice des dispositions de la loi n° 194 du 22 mai 1978 [normes sur la protection sociale de la maternité et sur l'interruption volontaire de grossesse].

2. Les techniques de production d'embryons ne peuvent conduire à la création d'un nombre d'embryons supérieur à celui strictement nécessaire à la réalisation d'une implantation unique et simultanée, ce nombre ne pouvant en aucun cas être supérieur à trois.

3. Lorsque le transfert des embryons dans l'utérus est impossible pour des causes de force majeure grave et prouvée concernant l'état de santé de la femme qui n'étaient pas prévisibles au moment de la fécondation, la cryoconservation des embryons est autorisée jusqu'à la date du transfert, qui sera effectué aussitôt que possible. »

18. Par un arrêt n° 151 du 1<sup>er</sup> avril 2009 (paragraphe 29-31 ci-dessous), la Cour constitutionnelle déclara inconstitutionnelle la disposition du deuxième alinéa de l'article 14 de la loi n° 40/2004 selon laquelle les techniques de production d'embryons ne peuvent conduire à la création d'un nombre d'embryons supérieur à celui strictement nécessaire « à la réalisation d'une implantation unique et simultanée, ce nombre ne pouvant en aucun cas être supérieur à trois ». Elle jugea inconstitutionnel l'alinéa 3 du même article au motif qu'il ne prévoyait pas que le transfert des embryons devait être effectué sans porter préjudice à la santé de la femme.

**B. L'avis du Comité national pour la bioéthique concernant l'adoption pour la naissance («ADP») (18 novembre 2005)**

19. À la suite de l'adoption de la loi n° 40/2004, le Comité national pour la bioéthique s'est penché sur la question du sort des embryons cryoconservés en état d'abandon, la loi ne prévoyant aucune disposition spécifique à ce sujet, se limitant à interdire implicitement l'utilisation des embryons surnuméraires à des fins de recherche scientifique.

20. À cet égard, le Comité a émis un avis favorable à l'« adoption pour la naissance », pratique consistant pour un couple ou une femme à adopter des embryons surnuméraires à des fins d'implantation et permettant d'utiliser les embryons en question dans une perspective de vie et de réalisation d'un projet familial.

**C. Le décret du ministère de la Santé du 11 avril 2008 (« Notes explicatives en matière de procréation médicalement assistée »)**

« (...) Cryoconservation des embryons : deux catégories d'embryons sont susceptibles de faire l'objet d'une cryoconservation : la première est celle des embryons qui sont en attente d'une implantation, y compris ceux ayant fait l'objet d'une cryoconservation avant l'entrée en vigueur de la loi n° 40 de 2004 ; la deuxième est celle des embryons dont l'état d'abandon a été certifié (...) »

**D. Le rapport final de la « Commission d'étude sur les embryons » du 8 janvier 2010**

21. Par un décret du 25 juin 2009, le ministère de la Santé institua une Commission d'étude sur les embryons cryoconservés dans les centres de procréation médicalement assistée. Le rapport final de cette commission, adopté à la majorité le 8 janvier 2010, expose ce qui suit :

« L'interdiction légale de supprimer les embryons doit être comprise comme signifiant que la cryoconservation ne peut être interrompue que dans deux cas : lorsqu'on peut implanter l'embryon décongelé dans l'utérus de la mère ou d'une femme disposée à l'accueillir, ou lorsqu'il est possible d'en certifier scientifiquement la mort naturelle ou

la perte définitive de viabilité en tant qu'organisme. En l'état actuel des connaissances [scientifiques], on ne peut s'assurer de la viabilité d'un embryon qu'en le décongelant, situation paradoxale puisqu'un embryon décongelé ne peut être recongelé et qu'il mourra inévitablement s'il n'est pas immédiatement implanté *in utero*. D'où la perspective tutioriste d'une possible conservation sans limite de temps des embryons congelés. Quoiqu'il en soit, il y a lieu de noter que le progrès de la recherche scientifique permettra de connaître les critères et les méthodologies pour diagnostiquer la mort ou à tout le moins la perte de viabilité d'embryons cryoconservés : il sera ainsi possible de surmonter le paradoxe actuel, inévitable du point de vue légal, d'une cryoconservation qui pourrait ne jamais avoir de fin. Dans l'attente de ces résultats, [il convient de réaffirmer] que l'on ne peut ignorer que l'article 14 de la loi n° 40 de 2004 interdit expressément la suppression d'embryons, y compris ceux qui sont cryoconservés. À cela s'ajoute que, pour ce qui est du sort des embryons surnuméraires, le législateur de la loi n° 40 a choisi leur conservation et non pas leur destruction, faisait ainsi prévaloir l'objectif de leur maintien en vie, même lorsque leur sort est incertain. »

## **E. La Constitution de la République italienne**

22. Les articles pertinents de la Constitution se lisent ainsi :

### **Article 9**

« La République promeut le développement de la culture et de la recherche scientifique et technique. (...) »

### **Article 32**

« La République protège la santé en tant que droit fondamental de l'individu et intérêt de la collectivité. (...) »

### **Article 117**

« Le pouvoir législatif est exercé par l'État et les Régions dans le respect de la Constitution, aussi bien que des contraintes découlant de l'ordre juridique communautaire et des obligations internationales. (...) »

## **F. Les arrêts de la Cour constitutionnelle**

### **n°s 348 et 349 du 24 octobre 2007**

23. Ces arrêts répondent à des questions que la Cour de cassation et une cour territoriale avaient soulevées quant à la compatibilité du décret-loi n° 333 du 11 juillet 1992 relatif aux critères de calcul des indemnités d'expropriation avec la Constitution et avec l'article 6 § 1 de la Convention et l'article 1 du Protocole n° 1. Ils tiennent compte de l'arrêt *Scordino c. Italie (n° 1)* ([GC], n° 36813/97, CEDH 2006-V) rendu par la Grande Chambre de la Cour.

24. Dans ces arrêts, après avoir rappelé l'obligation pour le législateur de respecter les obligations internationales (article 117 de la Constitution), la

Cour constitutionnelle a défini la place accordée à la Convention des droits de l'homme dans les sources du droit interne, considérant que celle-ci était une norme de rang intermédiaire entre la loi ordinaire et la Constitution. En outre, elle a précisé qu'il appartenait au juge du fond d'interpréter la norme interne de manière conforme à la Convention des droits de l'homme et à la jurisprudence de la Cour (arrêt n° 349, point 6.2 – paragraphe 26, ci-dessous) et que, lorsqu'une telle interprétation se révélait impossible ou que celui-ci avait des doutes quant à la compatibilité de la norme interne avec la Convention, il était tenu de soulever une question de constitutionnalité devant elle.

25. Les passages pertinents de l'arrêt n° 348 du 24 octobre 2007 se lisent comme suit :

«4.2. (...) Il est nécessaire de définir le rang et le rôle des normes de la Convention européenne des droits de l'homme afin de déterminer, à la lumière de [l'article 117 de la Constitution], quelle est leur incidence sur l'ordre juridique italien. (...)

4.3. [En effet], si d'un côté [ces normes] complètent la protection des droits fondamentaux et contribuent ainsi à la mise en œuvre des valeurs et des principes fondamentaux protégés aussi par la Constitution italienne, d'un autre côté, elles restent formellement de simples sources de rang primaire. (...)

Aujourd'hui, la Cour constitutionnelle est donc appelée à clarifier la question normative et institutionnelle [posée ci-dessus], qui a d'importantes conséquences pratiques pour le travail quotidien des opérateurs du droit. (...)

Le juge ordinaire ne saurait décider d'écarter une disposition de la loi ordinaire jugée par lui incompatible avec une norme de la Convention européenne des droits de l'homme, car cette incompatibilité présumée soulève une question de constitutionnalité portant sur la violation éventuelle du premier alinéa de l'article 117 de la Constitution et relevant [à ce titre] de la compétence exclusive du juge des lois. (...)

4.5. (...) Le principe énoncé au premier alinéa de l'article 117 de la Constitution ne peut devenir concrètement opérationnel que si «les obligations internationales» contraignantes pour les pouvoirs législatifs de l'État et des Régions sont dûment définies. (...)

4.6. [Or] par rapport aux autres traités internationaux, la Convention européenne des droits de l'homme présente la particularité d'avoir institué un organe juridictionnel, la Cour européenne des droits de l'homme, ayant compétence pour interpréter les normes de la Convention. En effet, l'article 32 § 1 [de la Convention] prévoit que «la compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses Protocoles qui lui seront soumises dans les conditions prévues par les articles 33, 34, 46 et 47».

Dès lors que les normes juridiques acquièrent leur sens (*vivono*) au travers de l'interprétation qui leur est donnée par les opérateurs du droit, au premier chef les juges, il découle naturellement de l'article 32 § 1 de la Convention que, en signant la

Convention européenne des droits de l'homme et en la ratifiant, l'Italie s'est notamment engagée, au titre de ses obligations internationales, à adapter sa législation aux normes de la Convention selon la signification que leur attribue la Cour [européenne des droits de l'homme], laquelle a été instituée dans le but de les interpréter et de les appliquer. On ne saurait donc parler d'une compétence juridictionnelle qui s'ajouterait à celle des organes judiciaires de l'État, mais plutôt d'une fonction interprétative éminente que les États contractants ont reconnue à la Cour européenne, contribuant ainsi à préciser leurs obligations internationales en la matière.

4.7. Il ne faut pas en déduire que les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, telles qu'interprétées par la Cour de Strasbourg, ont valeur de normes constitutionnelles et qu'elles échappent à ce titre au contrôle de constitutionnalité exercé par la Cour constitutionnelle. Il est d'autant plus nécessaire que les normes en question soient conformes à la Constitution qu'elles complètent des principes constitutionnels tout en restant des normes de rang infra-constitutionnel. (...)

Dès lors que, comme indiqué ci-dessus, les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme acquièrent leur sens au travers de l'interprétation qui leur est donnée par la Cour européenne, le contrôle de constitutionnalité doit porter sur les normes produites par cette interprétation, non sur ces dispositions considérées en elles-mêmes. Par ailleurs, les décisions de la Cour de Strasbourg ne sont pas inconditionnellement contraignantes aux fins du contrôle de constitutionnalité des lois nationales. Ledit contrôle doit toujours chercher à mettre en balance la contrainte découlant des obligations internationales imposée par le premier alinéa de l'article 117 de la Constitution d'une part, et la protection des intérêts bénéficiant d'une garantie constitutionnelle reconnue par d'autres articles de la Constitution d'autre part. (...)

5. Il ressort des principes méthodologiques exposés ci-dessus que, pour procéder au contrôle de constitutionnalité demandé par la cour de renvoi, il convient de rechercher a) s'il y a une contradiction qui ne peut être surmontée par voie d'interprétation entre la disposition nationale en cause et les normes de la Convention européenne des droits de l'homme, telles qu'interprétées par la Cour européenne et considérées comme des sources complémentaires du principe constitutionnel énoncé au premier alinéa de l'article 117 de la Constitution, et b) si les normes de la Convention européenne des droits de l'homme supposées intégrer ce principe et comprises selon l'interprétation que leur attribue la Cour [européenne] sont compatibles avec l'ordre constitutionnel italien. (...)

26. Les parties pertinentes de l'arrêt n° 349 du 24 octobre 2007 sont reproduites ci-après :

«6.2. (...) [Le principe énoncé] au premier alinéa de l'article 117 de la Constitution [n'implique pas] que les normes issues d'accords internationaux doivent être considérées comme ayant valeur constitutionnelle car celles-ci font l'objet d'une loi ordinaire d'incorporation, comme c'est le cas pour les normes de la Convention européenne des droits de l'homme. Le principe constitutionnel sous examen obligeant le législateur ordinaire à respecter ces normes, une disposition nationale qui serait incompatible avec une norme de la Convention européenne des droits de l'homme – et donc avec les « obligations internationales » mentionnées au premier alinéa de l'article 117 de la

Constitution – porterait en soi atteinte au principe constitutionnel en question. En définitive, le premier alinéa de l'article 117 de la Constitution opère un renvoi à la norme conventionnelle qui se trouve en cause dans tel ou tel cas, laquelle confère un sens (*dà vita*) et un contenu aux obligations internationales évoquées de manière générale ainsi qu'au principe [constitutionnel sous-jacent], au point d'être généralement qualifiée de « norme interposée », et qui fait à son tour l'objet d'un contrôle de compatibilité avec les normes de la Constitution, comme nous le préciserons ci-dessous.

Il s'ensuit qu'il appartient au juge ordinaire d'interpréter la norme interne conformément à la disposition internationale (...) Lorsque pareille interprétation est impossible ou que des doutes existent quant à la compatibilité de la norme interne avec la disposition conventionnelle « interposée », le juge est tenu de soulever devant la Cour constitutionnelle une question de constitutionnalité au regard du premier alinéa de l'article 117 de la Constitution (...)

Concernant la Convention européenne des droits de l'homme, il y a lieu de tenir compte du fait qu'elle présente une particularité par rapport aux autres accords internationaux en ce qu'elle dépasse le cadre d'une simple liste de droits et obligations réciproques des États contractants. Ces derniers ont institué un système de protection uniforme des droits fondamentaux. L'application et l'interprétation de ce système de normes incombent évidemment au premier chef aux juges des États membres, qui sont les juges de droit commun de la Convention. Cela étant, l'application uniforme des normes en question est garantie en dernier ressort par l'interprétation centralisée de la Convention européenne, tâche attribuée à la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg, qui a le dernier mot et dont la compétence « s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses Protocoles qui lui seront soumises dans les conditions prévues par [celle-ci] » (article 32 § 1 de la Convention). (...)

La Cour constitutionnelle et la Cour de Strasbourg ont en définitive des rôles différents, bien qu'elles visent l'une et l'autre à protéger au mieux les droits fondamentaux. L'interprétation de la Convention de Rome et de ses Protocoles relève de la compétence de la Cour de Strasbourg, ce qui garantit l'application d'un niveau uniforme de protection dans l'ensemble des États membres.

En revanche, lorsque la Cour constitutionnelle est saisie de la question de la constitutionnalité d'une norme nationale au regard du premier alinéa de l'article 117 de la Constitution, [et que cette question] porte sur une incompatibilité avec une ou plusieurs normes de la Convention européenne des droits de l'homme qui ne peut être résolue par voie d'interprétation, il lui appartient de rechercher si l'incompatibilité en question est avérée et, [dans l'affirmative], de vérifier si les normes mêmes de la Convention européenne des droits de l'homme, telles qu'interprétées par la Cour de Strasbourg, garantissent une protection des droits fondamentaux à tout le moins équivalente à celle offerte par la Constitution italienne.

Il ne s'agit pas en fait de juger de l'interprétation que la Cour de Strasbourg donne à telle ou telle norme de la Convention européenne des droits de l'homme (...) mais de vérifier si cette norme, telle qu'interprétée par la juridiction à laquelle les États membres ont expressément attribué cette compétence, est compatible avec les normes

pertinentes de la Constitution. Ainsi le devoir de garantir le respect des obligations internationales imposé par la Constitution est-il correctement mis en balance avec la nécessité d'éviter que ce devoir ne porte atteinte à la Constitution elle-même.»

## **G. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle**

### *1. L'ordonnance de la Cour constitutionnelle n° 369 du 24 octobre 2006*

27. Par cette ordonnance, la Cour constitutionnelle déclara irrecevable une question de constitutionnalité soulevée par le tribunal de Cagliari relativement à l'article 13 de loi n° 40/2004, qui interdit le recours au diagnostic préimplantatoire.

28. Pour se prononcer ainsi, la Cour constitutionnelle releva que le juge de renvoi s'était limité à soulever la question de la constitutionnalité du seul article 13 de la loi n° 40/2004 alors que, selon le contenu du renvoi, l'interdiction du diagnostic préimplantatoire découlait aussi d'autres dispositions de la même loi, notamment de l'alinéa 3 de son article 14.

### *2. L'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 151 du 1<sup>er</sup> avril 2009*

29. Cet arrêt porte sur la constitutionnalité des dispositions des alinéas 2 et 3 de l'article 14 de la loi n° 40/2004 qui prévoient, d'une part, la création d'un nombre limité d'embryons (non supérieur à trois) et l'obligation de les implanter simultanément et, d'autre part, l'interdiction de cryoconserver les embryons surnuméraires.

30. La Cour constitutionnelle jugea que les alinéas en question étaient inconstitutionnels parce qu'ils portaient préjudice à la santé des femmes en les obligeant, d'une part, à subir plusieurs cycles de stimulation ovarienne et, d'autre part, à s'exposer aux risques liés aux grossesses multiples du fait de l'interdiction de l'interruption sélective de grossesse.

31. Dans le texte de l'arrêt, aucune référence n'est faite à la Convention européenne des droits de l'homme, laquelle n'avait pas non plus été citée par les juridictions (tribunal administratif régional du Latium et tribunal de Florence) qui avaient soulevé la question.

### *3. L'ordonnance de la Cour constitutionnelle n° 97 du 8 mars 2010*

32. Par cette ordonnance, la Cour constitutionnelle déclara irrecevables les questions de constitutionnalité que le tribunal de Milan avait soulevées devant elle, celles-ci ayant déjà été traitées dans son arrêt n° 151/2009.

### *4. L'ordonnance de la Cour constitutionnelle n° 150 du 22 mai 2012*

33. Par cette ordonnance, qui se référait à l'arrêt *S.H. et autres c. Autriche* ([GC], n° 57813/00, CEDH 2011), la Cour constitutionnelle renvoya

devant le juge du fond l'affaire qui avait été portée devant elle et qui concernait l'interdiction du recours à la fécondation hétérologue édictée par la loi n° 40/2004.

*5. L'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 162 du 10 juin 2014*

34. Cet arrêt porte sur la constitutionnalité de l'interdiction absolue d'accéder à la fécondation hétérologue en cas de stérilité ou d'infertilité médicalement prouvée, telle que prévue par la loi n° 40/2004.

35. Trois juridictions de droit commun avaient saisi la Cour constitutionnelle de la question de savoir si la loi litigieuse était compatible avec les articles 2 (droits inviolables), 3 (principe d'égalité), 29 (droit de la famille), 31 (obligations de l'État pour la protection du droit de la famille) et 32 (droit à la santé) de la Constitution. L'une d'entre elles, le tribunal de Milan, avait aussi demandé à la Cour de se prononcer sur la compatibilité de la loi en question avec les articles 8 et 14 de la Convention.

36. La Cour constitutionnelle jugea inconstitutionnelles les dispositions législatives pertinentes.

37. Elle considéra notamment que le choix des demandeurs à l'instance de devenir parents et de fonder une famille avec des enfants relevait de leur liberté d'autodétermination concernant la sphère de leur vie privée et familiale et protégée en tant que telle par les articles 2, 3 et 31 de la Constitution. Elle précisa également que ceux qui étaient atteints d'infertilité ou de stérilité totale étaient titulaires d'un droit à la protection de leur santé (article 32 de la Constitution).

38. Elle estima que si les droits en question pouvaient faire l'objet de limitations inspirées par des considérations d'ordre éthique, ces limitations ne pouvaient se traduire en une interdiction absolue, sauf s'il se révélait impossible de protéger autrement d'autres libertés constitutionnellement garanties.

39. Pour ce qui est de la compatibilité des dispositions législatives en cause avec les articles 8 et 14 de la Convention, la Cour constitutionnelle se borna à observer que les questions y relatives étaient couvertes par les conclusions auxquelles elle était parvenue sur la constitutionnalité des dispositions en question (voir ci-dessus).

**H. Les ordonnances des tribunaux nationaux en matière d'accès au diagnostic préimplantatoire**

*1. L'ordonnance du tribunal de Cagliari du 22 septembre 2007*

40. Dans cette ordonnance, le tribunal de Cagliari rappela que les demandeurs avaient d'abord introduit une procédure en urgence, dans

le cadre de laquelle une question de constitutionnalité avait été soulevée. Il ajouta que cette question avait ensuite été déclarée irrecevable par une ordonnance n° 369 de la Cour constitutionnelle rendue le 24 octobre 2006 (paragraphe 27-28 ci-dessus), et que cette ordonnance n'avait donc fourni aucune indication quant à l'interprétation qu'il convenait de donner au droit interne à la lumière de la Constitution.

41. Quant à la procédure civile introduite devant lui, il releva qu'il n'existait pas, en droit interne, d'interdiction expresse d'accès au diagnostic préimplantatoire, et qu'une interprétation de la loi concluant à l'existence d'une telle interdiction aurait été contraire au droit des demandeurs d'être dûment informés du traitement médical qu'ils entendaient entreprendre.

42. En outre, il nota que des interdictions de recourir au diagnostic préimplantatoire avait été introduites ultérieurement par une norme de rang secondaire, à savoir le décret du ministère de la Santé n° 15165 du 21 juillet 2004 (notamment dans la partie où celui-ci dispose que « [les] examens de l'état de santé d'embryons créés *in vitro*, au sens de l'article 14, alinéa 5 [de la loi n° 40 de 2004], ne peuvent viser qu'à l'observation de ceux-ci » – « *dovrà essere di tipo osservazionale* » – ). Il estima que cela était contraire au principe de légalité ainsi qu'à la « Convention d'Oviedo » du Conseil de l'Europe.

43. Il releva enfin qu'une interprétation de la loi n° 40/2004 permettant l'accès au diagnostic préimplantatoire était conforme au droit à la santé reconnu à la mère. En conséquence, il autorisa les demandeurs à accéder au diagnostic préimplantatoire.

### 2. *L'ordonnance du tribunal de Florence du 17 décembre 2007*

44. Dans cette ordonnance, le tribunal de Florence se référa à l'ordonnance du tribunal de Cagliari citée ci-dessus et déclara partager l'interprétation que celui-ci avait donnée du droit interne. En conséquence, il autorisa les demandeurs à accéder au diagnostic préimplantatoire.

### 3. *L'ordonnance du tribunal de Bologne du 29 juin 2009*

45. Par cette ordonnance, le tribunal de Bologne autorisa les demandeurs à accéder au diagnostic préimplantatoire, indiquant que cette pratique se conciliait avec la protection de la santé de la femme reconnue par l'interprétation que la Cour constitutionnelle avait donné du droit interne dans son arrêt n° 151 du 1<sup>er</sup> avril 2009 (paragraphe 29-31 ci-dessus).

### 4. *L'ordonnance du tribunal de Salerne du 9 janvier 2010*

46. Dans cette ordonnance, rendue à l'issue d'une procédure en référé, le tribunal de Salerne rappela les nouveautés introduites par le décret du

ministère de la Santé n° 31639 du 11 avril 2008, à savoir le fait que les examens de l'état de santé d'embryons créés *in vitro* n'étaient plus limités à l'observation de ceux-ci et que l'accès à la procréation assistée était autorisé pour les couples dont l'homme était porteur de maladies virales sexuellement transmissibles.

47. Il en déduisit que le diagnostic préimplantatoire ne pouvait être considéré que comme l'une des techniques de surveillance prénatale visant à connaître l'état de santé de l'embryon.

48. En conséquence, il autorisa la réalisation d'un diagnostic préimplantatoire sur l'embryon *in vitro* des demandeurs.

#### *5. L'ordonnance du tribunal de Cagliari du 9 novembre 2012*

49. Dans cette ordonnance, le tribunal de Cagliari renvoya aux considérations développées dans les ordonnances citées ci-dessus. En outre, il indiqua qu'il ressortait des arrêts n°s 348 et 349 rendus par la Cour constitutionnelle le 24 octobre 2007 qu'une interprétation de la loi visant à garantir l'accès au diagnostic préimplantatoire se conciliait avec la Convention européenne des droits de l'homme, compte tenu notamment de l'arrêt rendu par la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Costa et Pavan c. Italie* (n° 54270/10, 28 août 2012).

#### *6. L'ordonnance du tribunal de Rome du 15 janvier 2014*

50. Par cette ordonnance, le tribunal souleva la question de la constitutionnalité de l'article 1, alinéas 1 et 2, et de l'article 4, alinéa 1 de la loi n° 40/2004, dispositions interdisant aux couples non stériles et non infertiles d'avoir recours aux techniques de la procréation médicalement assistée en vue de réaliser un diagnostic préimplantatoire. Il se plaça aussi sur le terrain des articles 8 et 14 de la Convention.

51. Tout en tenant compte de l'arrêt *Costa et Pavan* (précité), il estima qu'on ne pouvait procéder à une interprétation extensive de la loi, laquelle énonçait expressément que l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée était réservé aux couples stériles ou infertiles.

### **I. La question de la constitutionnalité de l'article 13 de la loi n° 40/2004 soulevée par le tribunal de Florence**

52. Par une décision du 7 décembre 2012, le tribunal de Florence souleva la question de la constitutionnalité de l'interdiction du don d'embryons surnuméraires à la recherche scientifique découlant de l'article 13 de la loi n° 40/2004 au regard des articles 9 et 32 de la Constitution, lesquels garantissent respectivement la liberté de la recherche scientifique et le droit à la santé.

53. Le 19 mars 2014, le président de la Cour constitutionnelle a ajourné l'examen de cette affaire dans l'attente de la décision que la Grande Chambre prendra en ce qui concerne la requête *Parrillo c. Italie* n° 46470/11.

### III. DOCUMENTS DU CONSEIL DE L'EUROPE

#### **A. Recommandation 1046 (1986) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à l'utilisation d'embryons et de fœtus humains à des fins diagnostiques, thérapeutiques, scientifiques, industrielles et commerciales**

« [L'Assemblée parlementaire]

(...)

6. Consciente de ce que [le] progrès [de la science et de la technologie médicale] a rendu particulièrement précaire la condition juridique de l'embryon et du fœtus, et que leur statut juridique n'est actuellement pas déterminé par la loi ;

7. Consciente de ce qu'il n'existe pas de dispositions adéquates réglant l'utilisation d'embryons et de fœtus vivants ou morts ;

8. Convaincue de ce que, face au progrès scientifique qui permet d'intervenir dès la fécondation sur la vie humaine en développement, il est urgent de déterminer le degré de sa protection juridique ;

9. Tenant compte du pluralisme des opinions s'exprimant sur le plan éthique à propos de l'utilisation d'embryons ou de fœtus, ou de leurs tissus, et des conflits de valeurs qu'il provoque ;

10. Considérant que l'embryon et le fœtus humains doivent bénéficier en toutes circonstances du respect dû à la dignité humaine, et que l'utilisation de leurs produits et tissus doit être limitée de manière stricte et réglementée (...) en vue de fins purement thérapeutiques et ne pouvant être atteintes par d'autres moyens ;

(...)

13. Soulignant la nécessité d'une coopération européenne,

14. Recommande au Comité des Ministres :

a. d'inviter les gouvernements des États membres :

(...)

14.1.2. à limiter l'utilisation industrielle des embryons et de fœtus humains, ainsi que de leurs produits et tissus, à des fins strictement thérapeutiques et ne pouvant être atteintes par d'autres moyens, selon les principes mentionnés en annexe, et à conformer leur droit à ceux-ci, ou à adopter des règles conformes, ces règles devant notamment préciser les conditions dans lesquelles le prélèvement et l'utilisation dans un but diagnostique ou thérapeutique peuvent être effectués ;

14.1.3. à interdire toute création d'embryons humains par fécondation *in vitro* à des fins de recherche de leur vivant ou après leur mort;

14.1.4. à interdire tout ce qu'on pourrait définir comme des manipulations ou déviations non désirables de ces techniques, entre autres :

(...)

- la recherche sur des embryons humains viables ;
- l'expérimentation sur des embryons vivants, viables ou non ;

(...)»

## **B. Recommandation 1100 (1989) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur l'utilisation des embryons et foetus humains dans la recherche scientifique**

« (...)

7. Considérant que l'embryon humain, bien qu'il se développe en phases successives indiquées par diverses dénominations (...), manifeste aussi une différenciation progressive de son organisme et maintient néanmoins en continuité son identité biologique et génétique,

8. Rappelant la nécessité d'une coopération européenne et d'une réglementation aussi large que possible qui permettent de surmonter les contradictions, les risques et l'inefficacité prévisible de normes exclusivement nationales dans les domaines concernés,

(...)»

54. Les passages pertinents de l'annexe à cette recommandation se lisent ainsi :

« B. Sur des embryons préimplantatoires vivants :

4. Conformément aux Recommandations 934 (1982) et 1046 (1986), les recherches *in vitro* sur des embryons viables ne doivent être autorisées que :

- s'il s'agit de recherches appliquées de caractère diagnostique ou effectuées à des fins préventives ou thérapeutiques ;
- si elles n'interviennent pas sur leur patrimoine génétique non pathologique.

5. (...) les recherches sur les embryons vivants doivent être interdites, notamment :

- si l'embryon est viable ;
- s'il y a la possibilité d'utiliser un modèle animal ;
- si ce n'est pas prévu dans le cadre de projets dûment présentés et autorisés par les autorités sanitaires ou scientifiques compétentes ou, par délégation, par la commission nationale multidisciplinaire concernée ;

– si elles ne respectent pas les délais prescrits par les autorités susdites.

(...)

H. Don d'éléments du matériel embryonnaire humain :

20. Le don d'éléments du matériel embryonnaire humain doit être autorisé uniquement s'il a pour but la recherche scientifique, à des fins diagnostiques, préventives ou thérapeutiques. Sa vente sera interdite.

21. La création et/ou le maintien en vie intentionnels d'embryons ou fœtus, *in vitro* ou *in utero*, dans un but de recherche scientifique, par exemple pour en prélever du matériel génétique, des cellules, des tissus ou des organes, doivent être interdits.

22. Le don et l'utilisation d'éléments du matériel embryonnaire humain ne doivent être permis que si les géniteurs ont donné librement et par écrit leur consentement préalable.

23. Le don d'organes doit être dépourvu de tout caractère mercantile. L'achat et la vente d'embryons, de fœtus ou de leurs composants par les géniteurs ou des tiers, de même que leur importation ou leur exportation, doivent également être interdits.

24. Le don et l'emploi de matériels embryonnaires humains dans la fabrication d'armes biologiques dangereuses et exterminatrices doivent être interdits.

25. Pour l'ensemble de la présente recommandation, par « viables » on entend les embryons qui ne présentent pas de caractéristiques biologiques susceptibles d'empêcher leur développement ; d'autre part, la non-viabilité des embryons et des fœtus humains devra être déterminée exclusivement par des critères biologiques objectifs, fondés sur les déficiences intrinsèques de l'embryon. »

**C. La Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (Convention d'Oviedo) du 4 avril 1997**

**Article 2 – Primauté de l'être humain**

« L'intérêt et le bien de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science. »

**Article 18 – Recherche sur les embryons *in vitro***

« 1. Lorsque la recherche sur les embryons *in vitro* est admise par la loi, celle-ci assure une protection adéquate de l'embryon.

2. La constitution d'embryons humains aux fins de recherche est interdite. »

**Article 27 – Protection plus étendue**

« Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte à la faculté pour chaque Partie d'accorder une protection plus

étendue à l'égard des applications de la biologie et de la médecine que celle prévue par la présente Convention.»

#### **D. Protocole additionnel à la Convention d'Oviedo, relatif à la recherche biomédicale du 25 janvier 2005**

##### **Article 2 – Champ d'application**

« 1. Le présent Protocole s'applique à l'ensemble des activités de recherche dans le domaine de la santé impliquant une intervention sur l'être humain.

2. Le Protocole ne s'applique pas à la recherche sur les embryons *in vitro*. Il s'applique à la recherche sur les fœtus et les embryons *in vivo*.

(...)»

#### **E. Le rapport du groupe de travail sur la protection de l'embryon et du fœtus humains du Comité directeur pour la bioéthique, rendu public le 19 juin 2003 – Conclusion**

«Ce rapport a pour but de présenter une vue d'ensemble des positions actuelles en Europe sur la protection de l'embryon humain *in vitro* et des arguments qui les sous-tendent.

Il montre un large consensus sur la nécessité d'une protection de l'embryon *in vitro*. Néanmoins, la définition du statut de l'embryon reste un domaine où l'on rencontre des différences fondamentales reposant sur des arguments forts. Ces divergences sont, dans une large mesure, à l'origine de celles rencontrées sur les questions ayant trait à la protection de l'embryon *in vitro*.

Toutefois, même en l'absence d'accord sur le statut de l'embryon, la possibilité de réexaminer certaines questions à la lumière des récents développements dans le domaine biomédical et des avancées thérapeutiques potentielles, pourrait être envisagée. Dans ce contexte, tout en reconnaissant et respectant les choix fondamentaux des différents pays, il semble possible et souhaitable – au regard de la nécessité de protéger l'embryon *in vitro* reconnue par tous les pays – d'identifier des approches communes afin d'assurer des conditions adéquates d'application des procédures impliquant la constitution et l'utilisation d'embryons *in vitro*. Ce rapport se veut une aide à la réflexion vers cet objectif.»

#### **F. Résolution 1352 (2003) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la recherche sur les cellules souches humaines**

« (...)»

3. Les cellules souches humaines peuvent provenir d'un nombre croissant de tissus et de fluides présents dans le corps d'êtres humains de tous âges, et pas seulement de sources embryonnaires.

(...)

5. Le prélèvement de cellules souches embryonnaires implique pour le moment la destruction d'embryons humains.

(...)

7. L'Assemblée fait observer que nombre de lignées de cellules souches embryonnaires humaines susceptibles de servir à la recherche scientifique sont déjà disponibles dans le monde.

(...)

10. La destruction d'êtres humains à des fins de recherche est contraire au droit de tout être humain à la vie et à l'interdiction morale de toute instrumentalisation de l'être humain.

11. En conséquence, l'Assemblée invite les États membres :

11.1. à favoriser la recherche sur les cellules souches à condition qu'elle respecte la vie des êtres humains à tous les stades de leur développement ;

11.2. à encourager les techniques scientifiques qui ne sont pas controversées des points de vue social et éthique afin de tirer un meilleur parti de la pluripotence cellulaire et de mettre au point de nouvelles méthodes de médecine régénérative ;

11.3. à signer et à ratifier la Convention d'Oviedo pour rendre effective l'interdiction de la constitution d'embryons humains aux fins de recherche ;

11.4. à promouvoir des programmes de recherche fondamentale européens communs portant sur les cellules souches adultes ;

11.5. à garantir que, dans les pays où de telles recherches sont admises, toute recherche sur des cellules souches impliquant la destruction d'embryons humains est dûment autorisée et surveillée par les instances nationales appropriées ;

11.6. à respecter les décisions des pays lorsque ceux-ci choisissent de ne pas participer à des programmes internationaux de recherche contraires aux valeurs éthiques consacrées par leur législation nationale et à ne pas escompter que ces pays contribuent directement ou indirectement à ces recherches ;

11.7. à privilégier l'éthique de la recherche plutôt que les aspects purement utilitaires et financiers ;

11.8. à promouvoir la création de structures permettant à des scientifiques et à des représentants de la société civile d'examiner différents types de projets de recherche sur les cellules souches humaines, en vue d'augmenter la transparence et la responsabilité démocratique. »

**G. Recommandation Rec(2006)4 du Comité des Ministres aux États membres sur la recherche utilisant du matériel biologique d'origine humaine, adoptée par le Comité des Ministres le 15 mars 2006**

55. Cette recommandation, qui ne s'applique pas aux matériels biologiques embryonnaires et fœtaux (article 2 § 3), a pour but de sauvegarder les

droits fondamentaux des personnes dont le matériel biologique pourrait être inclus dans un projet de recherche après avoir été recueilli et stocké i) pour un projet de recherche spécifique antérieur à l'adoption de la recommandation, ii) pour des recherches futures non spécifiées ou iii) comme matériel résiduel initialement prélevé à des fins cliniques ou médico-légales. Cette recommandation vise, entre autres, à promouvoir la mise en place de codes de bonnes pratiques de la part des États membres et à réduire au minimum les risques liés aux activités de recherche concernant la vie privée des personnes. Elle fixe également des règles régissant l'obtention et les collections de matériel biologique.

#### **H. Résolution 1934 (2013) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à l'éthique dans la science et la technologie**

«2. (...) l'Assemblée estime qu'une réflexion éthique plus concertée devrait être menée aux niveaux national, suprarégional et mondial sur les objectifs et les usages de la science et de la technologie, sur les instruments et méthodes qu'elles emploient, sur leurs possibles conséquences et effets indirects, et sur le système global de règles et de comportements dans lequel elles s'inscrivent.

3. L'Assemblée considère qu'une structure permanente de réflexion éthique au niveau mondial permettrait de traiter les questions éthiques comme une « cible mouvante », au lieu de fixer un « code éthique », et de remettre à plat, de manière périodique, les concepts en vigueur, même les plus fondamentaux, comme la définition de l'« identité humaine » ou de la « dignité humaine ».

4 L'Assemblée salue l'initiative de l'Unesco [Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture] qui a créé la Commission mondiale d'éthique des connaissances scientifiques et des technologies (COMEST) en vue d'engager une réflexion éthique permanente et d'étudier les possibilités de rédiger et de réviser périodiquement un ensemble de principes éthiques fondamentaux fondés sur la Déclaration universelle des droits de l'homme. Elle considère que le Conseil de l'Europe devrait contribuer à ce processus.

5. À cet égard, l'Assemblée recommande au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe d'envisager la création d'une structure souple et informelle de réflexion éthique, par le biais d'une coopération entre les commissions compétentes de l'Assemblée et les membres des comités d'experts concernés, parmi lesquels le Comité de bioéthique (DH-BIO), en vue d'identifier les nouveaux enjeux éthiques et les principes éthiques fondamentaux susceptibles d'orienter l'action politique et juridique en Europe.

6. Pour renforcer le cadre européen commun d'éthique dans la science et la technologie, l'Assemblée recommande aux États membres qui ne l'ont pas encore fait de signer et de ratifier la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (STE n° 164, « Convention d'Oviedo ») et ses protocoles, et de participer pleinement aux travaux du Comité de bioéthique.

(...)

10. L'Assemblée invite l'Union européenne et l'Unesco à coopérer avec le Conseil de l'Europe pour renforcer le cadre européen commun d'éthique dans la science et la technologie, et, à cette fin :

10.1. à créer des plates-formes européennes et régionales permettant d'échanger régulièrement des expériences et des bonnes pratiques couvrant tous les domaines de la science et de la technologie, en utilisant l'expérience acquise dans le cadre de la Conférence européenne des comités nationaux d'éthique (COMETH) lancée par le Conseil de l'Europe et, plus récemment, du Forum des comités nationaux d'éthique (Forum des CNE) financé par la Commission européenne, et des réunions du Comité de bioéthique du Conseil de l'Europe ;

10.2. à rédiger et à réviser périodiquement un ensemble de principes éthiques fondamentaux à appliquer dans tous les domaines de la science et de la technologie ;

10.3. à proposer des orientations supplémentaires pour aider les États membres à harmoniser les règles éthiques et les procédures de suivi, en s'appuyant sur les effets positifs des exigences éthiques énoncées dans le septième programme-cadre de la Commission européenne pour des actions de recherche et de développement technologique (2007-2013) (7<sup>e</sup> PC).»

#### IV. DROIT ET ÉLÉMENTS PERTINENTS DE L'UNION EUROPÉENNE

##### **A. Le Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies (GEE) auprès de la Commission européenne**

56. Mis en place en 1991 par la Commission européenne, le GEE est un organisme indépendant composé d'experts ayant pour mission de soumettre des avis à la Commission européenne sur les questions éthiques liées à la science et aux nouvelles technologies. Le GEE a rendu deux avis concernant l'utilisation d'embryons *in vitro* à des fins de recherche.

##### *1. Avis n° 12: Les aspects éthiques de la recherche impliquant l'utilisation d'embryons humains dans le contexte du cinquième programme-cadre de recherche, 23 novembre 1998*

57. Cet avis a été publié à la demande de la Commission européenne à la suite de la proposition du Parlement européen d'exclure des financements européens les projets de recherche impliquant la destruction d'embryons humains dans le cadre du cinquième programme-cadre. Ses passages pertinents se lisent comme suit :

«2.6. (...) Dans le cadre des programmes de recherche européens, la question de la recherche sur l'embryon humain doit être envisagée tant du point de vue du respect des principes éthiques fondamentaux communs à tous les États membres qu'en tenant compte de la diversité des conceptions philosophiques et éthiques exprimées à travers les différentes pratiques et réglementations nationales en vigueur en ce domaine.

(...)

2.8. à la lumière des principes et précisions précédemment évoqués, le Groupe estime qu'il est conforme à la dimension éthique du cinquième programme-cadre communautaire de ne pas exclure *a priori* des financements communautaires, les recherches sur l'embryon humain qui font l'objet de choix éthiques divergents selon les pays (...)

*2. Avis n° 15 : Les aspects éthiques de la recherche sur les cellules souches humaines et leur utilisation, 14 novembre 2000*

58. Les passages pertinents de cet avis sont ainsi libellés :

« 2.3. Pluralisme et éthique européenne

(...) Dans le contexte du pluralisme européen, il appartient à chaque État membre d'interdire ou d'autoriser les recherches sur l'embryon. Dans ce dernier cas, le respect de la dignité humaine implique que l'on règlemente les recherches sur l'embryon et que l'on prévois des garanties contre le risque d'expérimentation arbitraire et d'instrumentalisation de l'embryon humain.

2.5. Acceptabilité éthique du domaine de recherche concerné

Le Groupe note que, dans certains pays, la recherche sur l'embryon est interdite. En revanche, dans les pays où elle est autorisée afin d'améliorer le traitement de l'infertilité, on peut difficilement trouver un argument à invoquer pour une extension du champ de ces recherches visant à mettre au point de nouveaux traitements contre les maladies ou lésions graves. En effet, comme dans le cas de la recherche sur l'infertilité, la recherche sur les cellules souches vise à soulager la souffrance humaine. Dans tous les cas, les embryons qui ont servi pour des travaux de recherche sont destinés à être détruits. Par conséquent, il n'y a pas d'argument pour exclure le financement de ce type de recherches au titre du programme-cadre de recherche de l'Union européenne si elles satisfont aux exigences éthique et légales définies dans ce programme. »

**B. Règlement (CE) n° 1394/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les médicaments de thérapie innovante et modifiant la directive 2001/83/CE ainsi que le règlement (CE) n° 726/2004**

« (...)

7. Il importe que la réglementation des médicaments de thérapie innovante au niveau communautaire ne porte pas atteinte aux décisions prises par les États membres concernant l'opportunité d'autoriser l'utilisation de tel ou tel type de cellules humaines, par exemple les cellules souches embryonnaires, ou de cellules animales. Il convient qu'elle n'influence pas non plus l'application des législations nationales interdisant ou limitant la vente, la distribution ou l'utilisation de médicaments contenant de telles cellules, consistant dans de telles cellules ou issus de celles-ci.

(...)

### **C. L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE) du 18 octobre 2011 (C-34/10 Oliver Brüstle c. Greenpeace eV)**

59. Par cet arrêt, rendu sur renvoi préjudiciel de la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*) allemande, la CJCE s'est prononcée sur l'interprétation à donner à la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques.

60. La partie de la directive en cause était celle qui, tempérant le principe selon lequel l'utilisation d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales n'est pas brevetable, précise que cette exclusion ne concerne pas « les inventions ayant un objectif thérapeutique ou diagnostique qui s'appliquent à l'embryon humain et lui sont utiles ».

61. La CJCE a précisé que la directive litigieuse ne vise pas à réglementer l'utilisation d'embryons humains dans le cadre de recherches scientifiques : son objet se limite à la brevetabilité des inventions biotechnologiques. Elle a ensuite estimé que les inventions qui impliquent l'utilisation d'embryons humains restent exclues de toute brevetabilité même lorsqu'elles peuvent se revendiquer d'une finalité de recherche scientifique (une telle finalité ne pouvant pas, en matière de brevets, être distinguée des autres fins industrielles et commerciales). La CJCE a indiqué en même temps que les inventions impliquant une utilisation à des fins thérapeutiques ou diagnostiques applicable à l'embryon humain et utile à celui-ci ne sont pas concernées par cette exclusion.

### **D. Les financements de l'Union européenne en matière de recherche et de développement technologique**

62. Depuis 1984, l'Union européenne déploie des fonds pour la recherche scientifique à travers des programmes-cadres couvrant des périodes qui s'étalent sur plusieurs années.

63. Les parties pertinentes de la décision n° 1982/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 relative au septième programme-cadre de la Communauté européenne pour des actions de recherche, de développement technologique et de démonstration (2007-2013) se lisent comme suit :

#### **Article 6 – Principes éthiques**

« 1. Toutes les actions de recherche menées au titre du septième programme-cadre sont réalisées dans le respect des principes éthiques fondamentaux.

2. Les activités de recherche suivantes ne font pas l'objet d'un financement au titre du septième programme-cadre :

- les activités de recherche visant au clonage humain à des fins reproductives;
- les activités de recherche visant à modifier le patrimoine génétique d'êtres humains, qui pourraient rendre cette altération héréditaire;
- les activités de recherche visant à créer des embryons humains uniquement à des fins de recherche ou pour l'approvisionnement en cellules souches, y compris par transfert de noyau de cellules somatiques.

3. Les activités de recherche sur les cellules souches humaines, adultes ou embryonnaires, peuvent être financées en fonction à la fois du contenu de la proposition scientifique et du cadre juridique de(s) l'État(s) membre(s) intéressé(s). (...)»

64. Les parties pertinentes du Règlement (UE) n° 1291/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 portant établissement du programme-cadre pour la recherche et l'innovation «Horizon 2020» (2014-2020) et abrogeant la décision n° 1982/2006/CE se lisent ainsi :

#### **Article 19 – Principes éthiques**

« 1. Toutes les activités de recherche et d'innovation menées au titre d'Horizon 2020 respectent les principes éthiques et les législations nationales, européennes et internationales pertinentes, y compris la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que la Convention européenne des droits de l'homme et ses protocoles additionnels. (...)»

(...)

3. Sont exclus de tout financement les domaines de recherche suivants:

- a) les activités de recherche en vue du clonage humain à des fins de reproduction;
- b) les activités de recherche visant à modifier le patrimoine génétique d'êtres humains, qui pourraient rendre cette altération héréditaire;
- c) les activités de recherche visant à créer des embryons humains uniquement à des fins de recherche ou pour l'approvisionnement en cellules souches, notamment par transfert nucléaire de cellules somatiques.

4. Les activités de recherche sur les cellules souches humaines, adultes et embryonnaires, peuvent être financées en fonction à la fois du contenu de la proposition scientifique et du cadre juridique des États membres intéressés. Aucun financement n'est accordé aux activités de recherche interdites dans l'ensemble des États membres. Aucune activité n'est financée dans un État membre où ce type d'activités est interdit.

(...)»

#### **E. La Communication de la Commission européenne relative à l'initiative citoyenne européenne «Un de nous» COM(2014) 355 final (Bruxelles, 28 mai 2014)**

65. Le 10 avril 2014, l'initiative citoyenne «Un de nous» avait proposé des modifications législatives tendant à exclure des financements européens les projets scientifiques impliquant la destruction d'embryons humains.

66. Dans sa communication du 28 mai 2014, la Commission européenne a considéré qu'elle ne pouvait pas faire droit à cette demande au motif que sa proposition de financement des projets en question tenait compte de considérations éthiques, des avantages potentiels pour la santé et du soutien de l'Union à la recherche sur les cellules souches.

## V. ÉLÉMENTS DE DROIT INTERNATIONAL PERTINENTS

### **A. Le rapport du Comité international de bioéthique de l'Unesco (CIB) sur les aspects éthiques des recherches sur les cellules embryonnaires (6 avril 2001)**

67. Les parties pertinentes des conclusions de ce rapport se lisent comme suit :

«A. Le CIB reconnaît que les recherches sur les cellules souches embryonnaires humaines sont une question sur laquelle il est souhaitable qu'un débat s'engage au niveau national pour déterminer quelle position doit être adoptée au sujet de ces recherches, même si cette position vise à ce qu'elles ne soient pas menées. Il préconise que des débats s'engagent dans les instances nationales appropriées, permettant l'expression d'une pluralité d'opinions, en vue, dans toute la mesure du possible, de parvenir à un consensus fixant les limites de ce qui est acceptable dans ce champ nouveau et important de la recherche thérapeutique.

Un processus permanent d'éducation et d'information dans ce domaine devrait s'instaurer. Les États devraient prendre les mesures appropriées pour amorcer un dialogue continu au sein de la société sur les questions éthiques soulevées par ces recherches, associant tous les acteurs concernés.

B. Quel que soit le type de recherches autorisé concernant l'embryon, des mesures devraient être prises pour garantir que ces recherches sont menées dans un cadre législatif ou réglementaire qui accorderait le poids nécessaire aux considérations éthiques et fixerait des principes directeurs adéquats. Si l'on envisage d'autoriser que des dons d'embryons surnuméraires au stade préimplantatoire, provenant de traitements de FIV, soient consentis pour des recherches sur les cellules souches embryonnaires à des fins thérapeutiques, une attention particulière sera accordée à la dignité et aux droits des deux parents donateurs. Il est donc essentiel que le don n'ait lieu qu'après que les donateurs ont été pleinement informés des implications de ces recherches et ont donné leur consentement préalable, libre et éclairé. Les finalités de ce type de recherches et la manière dont elles sont conduites devraient faire l'objet d'une évaluation par les comités d'éthique appropriés, qui devraient être indépendants des chercheurs concernés. Dans ce processus, il faudrait prévoir une évaluation *a posteriori* de ces recherches.

(...)»

**B. Arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme  
Artavia Murillo et autres (fécondation *in vitro*) c. Costa  
Rica (exceptions préliminaires, fond, réparations et  
frais et dépens), 28 novembre 2012, série C n° 257**

68. Dans cette affaire, la Cour interaméricaine s'est prononcée sur l'interdiction d'effectuer des fécondations *in vitro* au Costa Rica. Elle a estimé, entre autres, que l'embryon ne pouvait pas être considéré comme une « personne » au sens de l'article 4 § 1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (qui protège le droit à la vie), la « conception » n'ayant lieu qu'à partir du moment où l'embryon est implanté dans l'utérus.

VI. ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARÉ

69. D'après les informations dont la Cour dispose sur la législation de quarante États membres<sup>1</sup> en matière d'utilisation d'embryons humains à des fins de recherche scientifique, trois pays (la Belgique, le Royaume-Uni et la Suède) autorisent la recherche scientifique sur des embryons humains aussi bien que la création de tels embryons à des fins de recherche.

70. La création d'embryons pour la recherche scientifique est interdite dans quatorze pays<sup>2</sup>. Toutefois, la recherche sur les embryons surnuméraires y est généralement permise, sous certaines conditions.

71. À l'instar de l'Italie, trois États membres (l'Allemagne, l'Autriche et la Slovaquie) interdisent en principe les recherches scientifiques sur les embryons, ne les autorisant que dans des cas très restreints, notamment lorsqu'elles visent à la protection de la santé de l'embryon ou lorsqu'elles sont menées sur des lignées cellulaires provenant de l'étranger.

72. En Slovaquie, les recherches sur des embryons sont strictement interdites, sauf celles à caractère thérapeutique qui visent à apporter un bénéfice en termes de santé aux personnes qui y participent directement.

73. En Allemagne, l'importation et l'utilisation de cellules embryonnaires à des fins de recherche sont en principe interdites par la loi. Elles ne sont autorisées qu'à titre exceptionnel, sous de strictes conditions.

74. Quant à l'Autriche, la loi dispose que les « cellules viables » ne peuvent être utilisées pour des fins autres que la fertilisation *in vitro*. Toutefois, la notion de « cellules viables » n'y est pas définie. D'après la pratique et la

1. Allemagne, Andorre, Arménie, Autriche, Azerbaïdjan, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Croatie, Espagne, Estonie, Finlande, France, Géorgie, Grèce, Hongrie, Irlande, Lettonie, l'ex-République yougoslave de Macédoine, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malte, République de Moldova, Monaco, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Russie, Saint-Marin, Serbie, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Turquie et Ukraine.

2. Bulgarie, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, l'ex-République yougoslave de Macédoine, Pays-Bas, Portugal, République tchèque, Serbie, Slovénie et Suisse.

doctrine, l'interdiction prévue par la loi ne concernerait que les cellules embryonnaires dites « totipotentes »<sup>3</sup>.

75. Dans quatre pays (Andorre, Croatie, Lettonie, et Malte), la loi interdit expressément toute recherche sur les cellules souches embryonnaires.

76. Seize pays ne prévoient pas de réglementation en la matière. Il s'agit de l'Arménie, de l'Azerbaïdjan, de la Bosnie-Herzégovine, de la Géorgie, de l'Irlande, du Liechtenstein, de la Lituanie, du Luxembourg, de la République de Moldova, de Monaco, de la Pologne, de la Roumanie, de la Russie, de Saint-Marin, de la Turquie et de l'Ukraine. Parmi ces États, certains ont une pratique plutôt restrictive (par exemple, la Turquie et l'Ukraine), d'autres une pratique plutôt permissive (par exemple, la Russie).

## EN DROIT

77. La Cour relève d'emblée que le Gouvernement oppose plusieurs exceptions à la recevabilité de la présente requête. Il avance notamment que la requérante n'a pas épuisé les voies de recours qui lui étaient ouvertes en droit interne, qu'elle n'a pas introduit sa requête dans le délai de six mois prévu par l'article 35 § 1 de la Convention, et qu'elle n'a pas la qualité de victime. La Cour examinera ces exceptions ci-dessous avant d'analyser les autres aspects de la requête.

### I. SUR LE NON-ÉPUISEMENT DES VOIES DE RECOURS INTERNES

#### A. Arguments du Gouvernement

78. Le Gouvernement avance qu'il était loisible à la requérante de se plaindre de l'interdiction de donner ses embryons à la recherche scientifique devant le juge du fond en soutenant que l'interdiction en cause était contraire tant à la Constitution italienne qu'à la Convention européenne des droits de l'homme. à cet égard, il cite plusieurs décisions internes dans lesquelles les tribunaux nationaux ont interprété la loi n° 40/2004 à la lumière de la Constitution et de la Convention, en particulier en ce qui concerne l'accès au diagnostic préimplantatoire (les ordonnances rendues par le tribunal de Cagliari le 22 septembre 2007 et le 9 novembre 2012, ainsi que celles adoptées par les tribunaux de Florence, de Bologne et de Salerne le 17 décembre 2007, le 29 juin 2009 et le 9 janvier 2010 respectivement (paragraphe 40-49 ci-dessus)).

79. Selon lui, le juge du fond aurait alors été tenu d'interpréter la loi dont découle l'interdiction litigieuse à la lumière de la Convention, comme

3. Cellules embryonnaires non encore différenciées et dont chacune, isolée, est capable de se développer en un organisme entier (Larousse dictionnaire médical).

l'exigent les arrêts de la Cour constitutionnelle n<sup>os</sup> 348 et 349 du 24 octobre 2007.

80. Si le juge du fond avait constaté l'existence d'un conflit insurmontable entre son interprétation de la loi et les droits invoqués par la partie demanderesse, il aurait eu l'obligation de soulever une question de constitutionnalité. La Cour constitutionnelle aurait alors examiné au fond la compatibilité des faits litigieux avec les droits de l'homme, et elle aurait pu annuler les dispositions nationales avec effet rétroactif et *erga omnes*.

81. D'ailleurs, la Cour constitutionnelle aurait déjà été saisie de plusieurs affaires concernant la constitutionnalité de la loi n<sup>o</sup> 40/2004. Un certain nombre de décisions auraient été rendues à cet égard, notamment les ordonnances de la Cour constitutionnelle n<sup>os</sup> 396, 97 et 150 (prononcées le 24 octobre 2006, le 8 mars 2010 et le 22 mai 2012 respectivement), l'arrêt n<sup>o</sup> 151 adopté par celle-ci le 1<sup>er</sup> avril 2009, ainsi qu'une décision du tribunal de Florence du 7 décembre 2012 et une ordonnance du tribunal de Rome prononcée le 15 janvier 2014 (paragraphe 27-33 et 50-53 ci-dessus).

82. Par ailleurs, la requérante aurait aussi méconnu le principe de subsidiarité posé par le Protocole n<sup>o</sup> 15 du 24 juin 2013 en se dispensant d'utiliser les voies de recours internes avant de soulever ses griefs devant la Cour.

83. Enfin, une question de constitutionalité concernant une affaire identique à la présente affaire aurait été soulevée par le tribunal de Florence devant la Cour constitutionnelle (paragraphe 52-53 ci-dessus). Pour le cas où la haute juridiction prendrait une décision défavorable à la partie demanderesse, il serait toujours loisible à celle-ci d'introduire une requête devant la Cour.

### **B. Arguments de la requérante**

84. La requérante soutient que toute action devant le juge ordinaire aurait été vouée à l'échec, le droit interne interdisant de manière absolue le don d'embryons à des fins de recherche scientifique.

85. En outre, elle avance que la voie constitutionnelle ne peut être considérée comme étant un recours à épuiser au sens de l'article 35 § 1 de la Convention, le système juridique italien n'ouvrant pas de recours direct devant la Cour constitutionnelle.

86. Enfin, elle indique que, le 19 mars 2014, le président de la Cour constitutionnelle a ajourné l'examen de la question soulevée par le tribunal de Florence à laquelle le Gouvernement se réfère dans l'attente de la décision que la Grande Chambre prendra sur la présente requête.

### **C. Appréciation de la Cour**

87. La Cour rappelle tout d'abord qu'aux termes de l'article 35 § 1 de la Convention, elle ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de

recours internes. Tout requérant doit avoir donné aux juridictions internes l'occasion que cette disposition a pour finalité de ménager en principe les États contractants, à savoir éviter ou redresser les violations alléguées contre eux. Cette règle se fonde sur l'hypothèse que l'ordre interne offre un recours effectif quant à la violation alléguée. Les dispositions de l'article 35 § 1 ne prescrivait toutefois l'épuisement que des seuls recours à la fois relatifs aux violations incriminées, disponibles et adéquats. Ils doivent exister à un degré suffisant de certitude non seulement en théorie mais aussi en pratique, sans quoi leur manquent l'effectivité et l'accessibilité voulues; il incombe à l'État défendeur de démontrer que ces exigences se trouvent réunies (voir, parmi beaucoup d'autres, *McFarlane c. Irlande* [GC], n° 31333/06, § 107, 10 septembre 2010, *Mifsud c. France* (déc.) [GC], n° 57220/00, § 15, CEDH 2002-VIII, *Leandro Da Silva c. Luxembourg*, n° 30273/07, §§ 40 et 42, 11 février 2010, et *Vučković et autres c. Serbie* (exception préliminaire) [GC], n°s 17153/11 et 29 autres, §§ 69-77, 25 mars 2014).

88. Dans la présente affaire, s'appuyant sur le système de contrôle de constitutionnalité institué par les arrêts de la Cour constitutionnelle n°s 348 et 349 du 24 octobre 2007, le Gouvernement soutient que les voies de recours qui étaient ouvertes à la requérante en droit interne n'ont pas été épuisées. À cet égard, il cite des exemples de décisions statuant au fond et des décisions de la Cour constitutionnelle concernant la loi n° 40/2004.

89. La Cour observe d'emblée que, par les arrêts n°s 348 et 349 susmentionnés, la Cour constitutionnelle a défini la place de la Convention dans les sources du droit interne, considérant que celle-ci était une norme de rang intermédiaire entre la loi ordinaire et la Constitution. En outre, elle a estimé qu'il incombait au juge du fond d'interpréter la norme interne de manière conforme à la Convention et à la jurisprudence de la Cour. Elle a précisé que, lorsqu'une telle interprétation se révélait impossible ou que le juge du fond avait des doutes quant à la compatibilité de la norme interne avec la Convention, celui-ci était tenu de soulever une question de constitutionnalité devant elle.

90. La Cour rappelle aussi qu'en l'absence d'un recours interne spécifique à la violation alléguée, il appartient au Gouvernement de justifier, en s'appuyant sur la jurisprudence interne, de l'évolution, de la disponibilité, de la portée et du champ d'application du recours qu'il invoque (voir, *mutatis mutandis*, *Melnītis c. Lettonie*, n° 30779/05, § 50, 28 février 2012, *McFarlane*, précité, §§ 115-127, *Costa et Pavan c. Italie*, n° 54270/10, § 37, 28 août 2012, et *Vallianatos et autres c. Grèce* [GC], n°s 29381/09 et 32684/09, §§ 52-58, 7 novembre 2013).

91. En l'espèce, la Cour constate que le Gouvernement s'est référé à plusieurs affaires portant sur la loi n° 40/2004, mais qu'il n'a fourni aucun

exemple de décision interne ayant tranché la question du don d'embryons surnuméraires à la recherche. La Cour ne saurait d'ailleurs reprocher valablement à la requérante de ne pas avoir introduit de demande visant à l'obtention d'une mesure interdite par la loi.

92. Quant à l'argument du Gouvernement selon lequel, depuis l'adoption des arrêts n<sup>os</sup> 348 et 349, le juge du fond a l'obligation d'interpréter la loi dont découle l'interdiction litigieuse à la lumière de la Convention et de la jurisprudence de Strasbourg alors qu'il n'y était pas tenu auparavant, plusieurs considérations conduisent la Cour à conclure que cette assertion n'est pas suivie, dans les faits, par une pratique juridictionnelle établie, notamment dans le domaine de la procréation médicalement assistée.

93. La Cour relève, premièrement, que dans une affaire similaire à celle de l'espèce et qui portait sur l'interdiction de donner des embryons surnuméraires à la recherche scientifique, le tribunal de Florence a décidé, le 7 décembre 2012, de soulever devant la Cour constitutionnelle la question de la constitutionnalité de l'article 13 de la loi n<sup>o</sup> 40/2004 au regard des articles 9 et 32 de la Constitution, qui garantissent respectivement la liberté de la recherche scientifique et le droit à la santé (paragraphe 22 ci-dessus). La Cour constate toutefois qu'aucune question tenant à la compatibilité de l'interdiction en cause avec les droits garantis par la Convention n'a été soulevée par le juge du fond.

94. Elle note, deuxièmement, que, à quelques exceptions près, les décisions des juges du fond et de la Cour constitutionnelle relatives à la loi n<sup>o</sup> 40/2004 citées par le Gouvernement (paragraphe 78 et 81 ci-dessus) ne se réfèrent pas à la Convention. Tel est le cas des ordonnances n<sup>os</sup> 369/2006 et 97/2010 de la Cour constitutionnelle ainsi que de son arrêt n<sup>o</sup> 151/2009, des ordonnances des tribunaux de Cagliari, de Florence, de Bologne et de Salerne adoptées le 22 septembre 2007, le 17 décembre 2007, le 29 juin 2009 et le 9 janvier 2010 respectivement, ainsi que de la décision du tribunal de Florence du 7 décembre 2012.

95. Il est vrai que, dans l'ordonnance n<sup>o</sup> 150 du 22 mai 2012 par laquelle elle a renvoyé au juge du fond une affaire qui portait sur l'interdiction de la fécondation hétérologue, la Cour constitutionnelle s'est référée, entre autres, aux articles 8 et 14 de la Convention. Force est de constater toutefois que, dans son arrêt n<sup>o</sup> 162 du 10 juin 2014 concernant cette même affaire, la Cour constitutionnelle n'a analysé l'interdiction litigieuse qu'à la lumière des articles de la Constitution qui étaient en cause (à savoir les articles 2, 31 et 32). Quant aux articles 8 et 14 de la Convention, invoqués uniquement par un des trois tribunaux du fond (paragraphe 35 ci-dessus), elle s'est bornée à observer que les questions soulevées sous l'angle de ces dispositions

étaient couvertes par les conclusions auxquelles elle était parvenue sur le terrain de la Constitution (paragraphe 39 ci-dessus).

96. Dans ces conditions, les deux seules exceptions à l'absence de prise en compte de la Convention et de sa jurisprudence sont constituées par les ordonnances des tribunaux de Cagliari (du 9 novembre 2012) et de Rome (du 15 janvier 2014) qui, eu égard aux conclusions de la Cour dans l'affaire *Costa et Pavan* (précitée), ont respectivement garanti l'accès des demandeurs au diagnostic préimplantatoire et soulevé une question de constitutionnalité sur ce point devant la Cour constitutionnelle. Il n'en demeure pas moins qu'il ne s'agit que de deux cas isolés sur les onze invoqués par le Gouvernement, qui concernent un domaine différent de celui ici en cause et sur lequel la Cour avait déjà statué.

97. De surcroît, la compatibilité de l'article 13 de la loi n° 40/2004 avec les droits garantis par la Convention étant une question nouvelle, la Cour n'est guère convaincue que la possibilité offerte à la requérante de porter ses griefs devant un juge ordinaire constitue un remède efficace.

98. Les arrêts n°s 348 et 349 eux-mêmes apportent des précisions sur la différence des rôles respectifs de la Cour de Strasbourg et de la Cour constitutionnelle en indiquant qu'il appartient à la première d'interpréter la Convention et qu'il revient à la seconde de rechercher s'il existe un conflit entre telle ou telle norme nationale et les droits garantis par la Convention, à la lumière notamment de l'interprétation fournie par la Cour européenne des droits de l'homme (paragraphe 26 ci-dessus).

99. D'ailleurs, la décision prise le 19 mars 2014 par le président de la Cour constitutionnelle d'ajourner l'examen de la question posée le 7 décembre 2012 par le tribunal de Florence en attendant que la Cour se prononce en l'espèce (paragraphe 53 ci-dessus) s'inscrit dans cette logique.

100. Dans ce contexte, la Cour relève que, dans un arrêt récent (n° 49, déposé le 26 mars 2015) où elle a analysé entre autres la place de la Convention et de la jurisprudence de la Cour dans l'ordre juridique interne, la Cour constitutionnelle a indiqué que le juge du fond n'était tenu de se conformer à la jurisprudence de la Cour que dans le cas où celle-ci était « bien établie » ou était énoncée dans un « arrêt pilote ».

101. En tout état de cause, la Cour a rappelé à maintes reprises que, dans l'ordre juridique italien, le justiciable ne jouit pas d'un accès direct à la Cour constitutionnelle : en effet, seule une juridiction qui connaît du fond d'une affaire a la faculté de la saisir, à la requête d'un plaideur ou d'office. Dès lors, pareille requête ne saurait s'analyser en un recours dont la Convention exige l'épuisement (voir, entre autres, *Brozicek c. Italie*, 19 décembre 1989, § 34, série A n° 167, *Immobiliare Saffi c. Italie* [GC], n° 22774/93, § 42, CEDH 1999-V, *C.G.I.L. et Cofferati c. Italie*, n° 46967/07, § 48, 24 février 2009,

*Scoppola c. Italie (n° 2)* [GC], n° 10249/03, § 75, 17 septembre 2009, et *M.C. et autres c. Italie*, n° 5376/11, § 47, 3 septembre 2013). En revanche, la Commission et la Cour ont jugé, en ce qui concerne d'autres États membres, que le recours direct devant la Cour constitutionnelle constituait une voie de recours interne à épuiser (voir, par exemple, *W. c. Allemagne*, n° 10785/84, 18 juillet 1986, Décisions et rapports (DR) 48, p. 104, *Union Alimentaria Sanders SA c. Espagne*, n° 11681/85, décision de la Commission du 11 décembre 1987, DR 54, pp. 101, 104, *S.B. et autres c. Belgique* (déc.), n° 63403/00, 6 avril 2004, et *Griřankova et Griřankovs c. Lettonie* (déc.), n° 36117/02, CEDH 2003-II).

102. Au vu de ce qui précède, la Cour ne saurait considérer que le système d'interprétation obligatoire de la norme interne à la lumière de la Convention établi par les arrêts n°s 348 et 349 constitue un tournant de nature à réfuter une telle conclusion (voir, *a contrario*, les récentes décisions de la Cour reconnaissant l'efficacité du recours devant la Cour constitutionnelle turque à la suite de la mise en place d'un recours individuel direct devant celle-ci : *Hasan Uzun c. Turquie* (déc.), n° 10755/13, §§ 25-27, 30 avril 2013, et *Koçintar c. Turquie* (déc.), n° 77429/12, 1<sup>er</sup> juillet 2014).

103. Il convient de saluer les principes dégagés par les arrêts n°s 348 et 349 du 24 octobre 2007, notamment quant à la place revenant à la Convention dans les sources du droit et à l'invitation faite aux autorités judiciaires nationales d'interpréter les normes internes et la Constitution à la lumière de la Convention et de la jurisprudence de la Cour. La Cour note aussi que, dans des matières autres que la procréation médicalement assistée, nombreuses ont été les décisions dans lesquelles la Cour constitutionnelle a conclu à l'inconstitutionnalité d'une norme interne sur la base, entre autres, de l'incompatibilité de celle-ci avec les droits garantis par la Convention et la jurisprudence de la Cour (tel est notamment le cas de l'arrêt n° 39 du 5 mars 2008 relatif aux incapacités attachées à la faillite, de l'arrêt n° 93 du 17 mars 2010 portant sur la publicité des audiences dans les procédures d'application des mesures provisoires, et de l'arrêt n° 210 du 3 juillet 2013 ayant trait à la rétroactivité de la loi pénale).

104. Toutefois, il y a lieu de relever tout d'abord que le système italien ne prévoit pour les particuliers qu'un recours indirect devant la Cour constitutionnelle. En outre, le Gouvernement n'a pas démontré, en s'appuyant sur une jurisprudence et une pratique établies, qu'en matière de donation d'embryons à la recherche, l'exercice par la requérante d'une action devant le juge du fond, combiné avec le devoir de ce dernier de soulever devant la Cour constitutionnelle une question de constitutionnalité à la lumière de la Convention, constituait, en l'espèce, une voie de recours effective que l'intéressée aurait dû épuiser.

105. Eu égard à ce qui précède et au fait que la Cour constitutionnelle a décidé de suspendre l'examen d'une affaire similaire pendante devant elle en attendant que la Cour statue dans la présente affaire, il convient de rejeter l'exception soulevée par le gouvernement défendeur.

## II. SUR LE RESPECT DU DÉLAI DE SIX MOIS

### A. Arguments du Gouvernement

106. Lors de l'audience, le Gouvernement a excipé de la tardiveté de la requête, faisant valoir que la loi qui interdit le don d'embryons à la recherche scientifique est entrée en vigueur le 10 mars 2004 et que la requérante n'a sollicité la mise à disposition de ses embryons en vue d'un tel don que le 14 décembre 2011, par une lettre adressée à cette date au centre de médecine de la reproduction où ceux-ci étaient cryoconservés.

### B. Arguments de la requérante

107. La requérante a répliqué à cette exception au cours de l'audience en indiquant que, si elle avait adressé une demande écrite de mise à disposition de ses embryons au centre de médecine de la reproduction le 14 décembre 2011, elle avait auparavant formulé oralement d'autres demandes ayant le même objet.

108. En tout état de cause, l'intéressée soutient que toute demande adressée au centre de médecine de la reproduction était vouée à l'échec, rappelant que la loi applicable interdit catégoriquement le don d'embryons à la recherche scientifique.

### C. Appréciation de la Cour

109. La Cour rappelle avoir reconnu que, lorsqu'une ingérence dans le droit invoqué par un requérant découle directement d'une loi, celle-ci, par son seul maintien en vigueur, peut représenter une ingérence permanente dans l'exercice du droit concerné (voir, par exemple, les affaires *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, § 41, série A n° 45, et *Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, § 38, série A n° 142, dans lesquelles les requérants, homosexuels, se plaignaient de ce que des lois réprimant les actes homosexuels par des sanctions pénales portaient atteinte à leur droit au respect de leur vie privée).

110. La Cour s'est fondée sur cette approche dans l'affaire *Vallianatos et autres*, précité, § 54), dans laquelle les requérants se plaignaient d'une violation continue des articles 14 et 8 de la Convention du fait de l'impossibilité pour eux, en tant que couples de même sexe, de conclure des « pactes de vie commune », tandis que cette possibilité était reconnue par la loi aux couples

de sexe opposé. En outre, dans l'affaire *S.A.S. c. France* ([GC], n° 43835/11, § 110, CEDH 2014), qui concernait l'interdiction légale de porter une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public, la Cour a relevé que la situation de la requérante était similaire à celle des requérants dans les affaires *Dudgeon* et *Norris*, précitées, où elle avait constaté une ingérence continue dans l'exercice des droits protégés par l'article 8 de la Convention.

111. La Cour admet que, dans les affaires précitées, l'impact des mesures législatives incriminées sur la vie quotidienne des requérants était plus important et plus direct qu'en l'espèce. Néanmoins, on ne saurait nier que l'interdiction légale du don d'embryons à la recherche scientifique en cause dans la présente affaire a une incidence sur la vie privée de la requérante. Cette incidence, qui résulte du lien biologique existant entre l'intéressée et ses embryons ainsi que de l'objectif de réalisation d'un projet familial à l'origine de leur création, découle directement de l'entrée en vigueur de la loi n° 40/2004 et s'analyse en une situation continue en ce qu'elle affecte la requérante de manière permanente depuis lors (voir le rapport final de la Commission d'étude sur les embryons du 8 janvier 2010, qui émet l'hypothèse d'une conservation sans limite de durée des embryons congelés, paragraphe 21 ci-dessus).

112. En pareil cas, selon la jurisprudence de la Cour, le délai de six mois ne commence à courir qu'à partir du moment où la situation en cause a pris fin (voir parmi d'autres, *Çinar c. Turquie*, n° 17864/91, décision de la Commission du 5 septembre 1994, DR 79-A). En conséquence, la Cour ne souscrit pas à la thèse du Gouvernement selon laquelle ce délai court à partir du jour de l'entrée en vigueur de la loi litigieuse.

113. Par ailleurs, la thèse du Gouvernement équivaut à considérer que la requérante désirait donner ses embryons dès l'entrée en vigueur de la loi litigieuse, circonstance sur laquelle la Cour ne saurait spéculer.

114. L'exception de tardiveté de la requête soulevée par le Gouvernement au titre de l'article 35 § 1 de la Convention ne saurait donc être retenue.

### III. SUR LA QUALITÉ DE VICTIME DE LA REQUÉRANTE

#### A. Arguments du Gouvernement

115. Le Gouvernement excipe également de l'absence de qualité de victime de la requérante, indiquant que, au cours de la période allant du 12 novembre 2003 – date du décès du compagnon de l'intéressée – au 10 mars 2004, date de l'entrée en vigueur de la loi n° 40/2004, la requérante aurait pu donner ses embryons à la recherche puisqu'il n'existait alors aucune réglementation en la matière et qu'un tel don n'était donc pas interdit.

## B. Arguments de la requérante

116. La requérante a souligné au cours de l'audience que le délai qui s'était écoulé entre la date du décès de son compagnon et l'entrée en vigueur de la loi litigieuse avait été très court – quatre mois environ – et qu'elle n'avait pu prendre dans ce laps de temps de décision précise quant au sort qu'elle voulait réserver aux embryons issus de la fécondation *in vitro* qu'elle avait effectuée.

## C. Appréciation de la Cour

117. La Cour rappelle que, lorsqu'une ingérence dans la vie privée d'un requérant découle directement d'une loi, celle-ci, par son maintien en vigueur, représente une ingérence permanente dans l'exercice du droit en question. Dans la situation personnelle de l'intéressé, elle se répercute de manière constante et directe, par sa seule existence, sur la vie privée de celui-ci (*Dudgeon*, § 41, et *Norris*, § 34, précités).

118. En l'espèce, la requérante se trouve dans l'impossibilité de donner ses embryons à la recherche depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 40/2004 (voir également le paragraphe 113 ci-dessus). La situation litigieuse étant restée inchangée depuis ce moment-là, le fait que la requérante souhaitait donner ses embryons à la recherche au moment de l'introduction de sa requête suffit à la Cour pour lui reconnaître la qualité de victime. En outre, quant à l'argument du Gouvernement selon lequel la requérante aurait pu donner ses embryons à la recherche scientifique dans la période qui s'est écoulée entre le décès de son compagnon et l'entrée en vigueur de la loi, la Cour prend acte des informations fournies par la requérante dont il ressort que, dans le court laps de temps indiqué ci-dessus, elle n'avait pas pu prendre une décision précise quant au sort de ses embryons.

119. Il y a donc lieu de rejeter l'exception du Gouvernement tirée de l'absence de qualité de victime de la requérante.

## IV. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

120. Invoquant l'article 8 de la Convention, la requérante allègue que l'interdiction du don d'embryons à des fins de recherche scientifique découlant de l'article 13 de la loi n° 40/2004 emporte violation de son droit au respect de sa vie privée. L'article 8 est ainsi libellé dans ses parties pertinentes :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée (...)

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. Arguments des parties

### 1. Arguments du Gouvernement

121. Le Gouvernement soutient d'emblée que la question de savoir si des embryons humains peuvent être donnés à la recherche scientifique ne relève pas de la notion de « droit au respect de la vie privée ».

122. Lors de l'audience, il a avancé que l'article 8 de la Convention n'aurait pu s'appliquer que « de manière indirecte » en l'espèce, c'est-à-dire seulement si la requérante avait souhaité réaliser un projet familial grâce à l'implantation de ses embryons et si elle en avait été empêchée en raison de l'application de la loi n° 40/2004.

123. En tout état de cause, il plaide que l'ingérence alléguée dans la vie privée de la requérante est prévue par la loi et qu'elle poursuit un but légitime consistant à protéger la potentialité de vie dont l'embryon est porteur.

124. Quant à la proportionnalité de la mesure litigieuse, le Gouvernement s'est limité dans ses observations écrites à renvoyer aux considérations développées sur le terrain de l'article 1 du Protocole n° 1. En revanche, lors de l'audience, le Gouvernement a soutenu que la législation italienne n'était pas contradictoire, arguant que la requérante affirmait à tort que des embryons cryoconservés ne pouvaient aboutir à une vie humaine. À cet égard, il a avancé que, correctement réalisée, la cryoconservation n'était pas limitée dans le temps et qu'il n'existait encore aucun critère scientifique permettant de vérifier la viabilité d'un embryon cryoconservé sans procéder à sa décongélation.

125. Par ailleurs, le Gouvernement estime que la loi italienne qui autorise l'avortement n'est pas incompatible avec l'interdiction de donner des embryons à la recherche, précisant qu'en cas d'interruption de grossesse, la protection de la vie du fœtus doit de toute évidence être mise en balance avec la situation et les intérêts de la mère.

126. Au cours de l'audience, il a aussi souligné que l'embryon faisait assurément l'objet d'une protection en droit européen. À cet égard, il a avancé que la Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine (Convention d'Oviedo) du 4 avril 1997 n'imposait certainement pas aux États d'autoriser la recherche scientifique destructive sur les embryons, le choix de mettre en place une telle recherche relevant selon lui de l'ample marge d'appréciation accordée aux États dans ce domaine.

127. En outre, il indique que les travaux préparatoires de la loi n° 40/2004 montrent que celle-ci est le fruit d'un travail important qui a tenu compte de différentes opinions et des questions scientifiques et éthiques qui se posent en la matière. De plus, il précise que la loi en question a fait l'objet de plusieurs référendums, notamment en ce qui concerne le maintien de son article 13, lesquels ont échoué parce que le quorum de votants n'avait pas été atteint.

128. De surcroît, s'il reconnaît que la recherche scientifique italienne utilise des lignées cellulaires embryonnaires importées de l'étranger et résultant de la destruction des embryons originaires, il précise que la production de ces lignées n'est pas effectuée à la demande des laboratoires italiens, indiquant qu'il existe dans le monde environ trois cent lignées cellulaires embryonnaires mises à la disposition de toute la communauté scientifique. À cet égard, il souligne que la destruction volontaire d'un embryon humain ne saurait être comparée à l'utilisation de lignées cellulaires issues d'embryons humains précédemment détruits.

129. En ce qui concerne les financements que l'Union européenne accorde à la recherche scientifique, le Gouvernement expose que le septième programme-cadre de recherche et de développement technologiques et le programme-cadre pour la recherche et l'innovation « Horizon 2020 » (paragraphe 63-64 ci-dessus) ne prévoient pas le financement de projets impliquant la destruction d'embryons, que ceux-ci aient été créés en Europe ou importés de pays tiers.

130. Il souligne enfin que, dans son avis du 18 novembre 2005 relatif à l'adoption pour la naissance (paragraphe 19-20 ci-dessus), le Comité national pour la bioéthique s'était déjà préoccupé du sort des embryons surnuméraires afin de trouver des solutions qui respectent la vie de ceux-ci.

131. Il estime que cette perspective pourrait aujourd'hui se concrétiser compte tenu de l'arrêt n° 162 du 10 juin 2014 par lequel la Cour constitutionnelle a déclaré inconstitutionnelle l'interdiction de la fécondation hétérologue, permettant ainsi l'utilisation des embryons surnuméraires d'une fécondation *in vitro* à des fins non destructives, conformément à l'objectif poursuivi par la législation italienne en cette matière.

## 2. Arguments de la requérante

132. La requérante affirme d'abord qu'au sens de la jurisprudence de la Cour, la notion de « vie privée » est large (*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 61, CEDH 2002-III, et *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, § 71, CEDH 2007-I).

133. Elle signale ensuite qu'elle a perdu son compagnon dans des circonstances tragiques, raison pour laquelle elle n'a pu réaliser son projet fami-

lial. À l'audience, elle a expliqué que quatre mois seulement s'étaient écoulés entre le décès de son compagnon et l'entrée en vigueur de la loi, qu'elle n'avait donc pas eu le temps nécessaire pour réfléchir à la mise en place d'un projet familial, et que la loi interdisait en tout état de cause l'implantation d'embryons *post mortem*.

134. Dans ce contexte, elle considère que l'État lui impose de surcroît d'assister à la destruction de ses embryons sans lui permettre de les donner à la recherche alors qu'un tel don, qui poursuivrait une noble cause, représenterait pour elle une source de réconfort après les événements douloureux auxquels elle a été confrontée. Dans ces conditions, elle estime que son droit à la vie privée se trouve en cause.

135. Elle considère en outre que l'interdiction litigieuse est dépourvue de toute logique, la seule voie offerte par le système étant celle de la mort des embryons. Au cours de l'audience, elle a notamment mis en exergue les contradictions existant dans l'ordre juridique italien, avançant que le droit de l'embryon à la vie invoqué par le Gouvernement ne se conciliait ni avec la possibilité pour les femmes d'avorter jusqu'au troisième mois de grossesse ni avec l'utilisation, par les laboratoires italiens, de lignées cellulaires embryonnaires issues de la destruction d'embryons créés à l'étranger.

136. De plus, elle estime que la possibilité de donner des embryons non destinés à une implantation répondrait aussi à un intérêt public, car les recherches sur les cellules souches pluripotentes induites n'ont pas encore remplacé les recherches sur les cellules souches, raison pour laquelle ces dernières continuent à figurer parmi les voies de recherche les plus prometteuses, notamment en ce qui concerne le traitement de certaines pathologies incurables.

137. Elle soutient aussi que l'État ne dispose pas d'une large marge d'appréciation en l'espèce, compte tenu notamment du consensus européen existant sur la possibilité de donner à la recherche scientifique des embryons qui ne sont pas destinés à être implantés.

138. Lors de l'audience, elle s'est référée à l'arrêt rendu le 18 octobre 2011 par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Oliver Brüstle c. Greenpeace eV* (paragraphe 59-61 ci-dessus). Observant que cet arrêt se borne à interdire la brevetabilité des inventions qui impliquent la destruction d'embryons humains, elle en déduit que les inventions elles-mêmes – et les recherches qui les précèdent – ne sont pas interdites sur le plan européen.

139. Enfin, elle estime que la communication de la Commission européenne relative à l'initiative citoyenne européenne « Un de nous » du 28 mai 2014 (paragraphe 65-66 ci-dessus) confirme que le financement des recherches sur les cellules souches embryonnaires humaines est autorisé.

### 3. *Observations des tiers intervenants*

#### a) **Le Centre européen pour la justice et les droits de l'homme (l'ECLJ)**

140. L'ECLJ avance que, dans la présente affaire, les intérêts de la science – auxquels est sensible la requérante – ne prévalent pas sur le respect dû à l'embryon, cela en raison du principe de la « primauté de l'être humain » reconnu par l'article 2 de la Convention d'Oviedo.

141. En outre, il fait observer que, dans toutes les affaires soulevant des questions liées à la procréation médicalement assistée portées devant la Cour, l'ingérence dans la vie privée et familiale des requérants découlait d'une loi qui faisait obstacle à la réalisation d'un projet parental du couple ou de la mère. Il estime qu'il n'en va pas de même en l'espèce, la requérante ayant décidé de renoncer à son projet familial, alors même qu'aucune loi n'interdisait la gestation *post mortem* à l'époque de la réalisation de la fécondation *in vitro*.

142. Enfin, il rappelle que la marge d'appréciation des États membres dans ce domaine est ample, renvoyant à cet égard aux arrêts *S.H. et autres c. Autriche et Evans*, précités.

#### b) **Les associations « Movimento per la vita », « Scienza e vita » et « Forum delle associazioni familiari », représentées par M<sup>e</sup> Carlo Casini**

143. Ces associations soutiennent que les expérimentations destructives sur des embryons humains, qui ont la qualité de « sujet », sont interdites par la loi et que la Convention d'Oviedo n'impose aucune obligation d'autoriser de telles expérimentations.

144. Elles rappellent en outre que les états membres jouissent dans ce domaine d'une large marge d'appréciation.

#### c) **Les associations « Luca Coscioni », « Amica Cicogna Onlus », « L'Altra Cicogna Onlus » et « Cerco Un Bimbo » ainsi que quarante-six membres du Parlement italien, représentés par M<sup>e</sup> Gallo**

145. Ces tiers intervenants avancent que la notion de « vie privée » est évolutive, qu'elle ne se prête pas à une définition exhaustive, et que la requérante revendique notamment le droit au respect de son choix de donner à la recherche du matériel biologique qui lui appartient, à savoir des embryons qui ne sont plus destinés à un projet parental et qui sont en tout état de cause voués à la destruction.

146. Ils ajoutent que l'ingérence en cause n'est pas justifiée par l'objectif invoqué, la loi italienne n'accordant pas de protection absolue à la vie de l'embryon.

**d) Les associations «VOX – Osservatorio italiano sui Diritti», «SIFES – Society of Fertility, Sterility and Reproductive Medicine» et «Cittadinanzattiva», représentées par M<sup>e</sup> D’Amico, M<sup>me</sup> Costantini, M. Clara, M<sup>me</sup> Ragni et M<sup>me</sup> Liberali**

147. Ces associations soulignent que l’article 13 de la loi n° 40/2004 entraîne une limitation de la liberté des individus de choisir le sort de leurs propres embryons, dont la cryoconservation doit être assurée pour une durée illimitée, ce qui entraîne des coûts importants.

148. Selon elles, la cryoconservation ne présente aucune utilité pour des embryons destinés à la mort, ni pour les couples, qui sont en général peu désireux d’utiliser à des fins d’implantation des embryons cryoconservés depuis longtemps, car la « qualité » de ceux-ci s’amenuise avec le temps. Elle serait tout aussi dénuée d’intérêt pour les centres médicaux où les embryons sont conservés.

## **B. Appréciation de la Cour**

### *1. Sur l’applicabilité en l’espèce de l’article 8 de la Convention et sur la recevabilité du grief soulevé par la requérante*

149. Par la présente affaire, la Cour est appelée pour la première fois à se prononcer sur la question de savoir si le « droit au respect de la vie privée » garanti par l’article 8 de la Convention peut englober le droit que la requérante invoque devant elle, celui de disposer d’embryons issus d’une fécondation *in vitro* dans le but d’en faire don à la recherche scientifique.

150. Le Gouvernement soutient que la disposition en cause n’aurait pu s’appliquer en l’espèce que de manière indirecte et uniquement dans son volet « vie familiale », c’est-à-dire seulement si la requérante avait souhaité réaliser un projet familial grâce à la cryoconservation et à l’implantation ultérieure de ses embryons, et qu’elle en avait été empêchée en raison de l’application de la loi n° 40/2004.

151. Toutefois, la requérante a indiqué dans le formulaire de requête (paragraphe 14 ci-dessus) et réitéré à l’audience (paragraphe 116 ci-dessus) que, depuis le décès de son compagnon, elle n’envisageait plus la réalisation d’un projet familial. D’ailleurs, elle n’a à aucun moment allégué devant la Cour qu’il avait été porté atteinte à son droit au respect de sa vie familiale au titre de l’article 8 de la Convention.

152. En réalité, l’objet du litige dont la Cour se trouve saisie porte sur la limitation du droit revendiqué par la requérante de décider du sort de ses embryons, droit qui relève tout au plus de la « vie privée ».

153. À l’instar de la requérante, la Cour rappelle d’emblée que, selon sa jurisprudence, la notion de « vie privée » au sens de l’article 8 de la Convention

est une notion large qui ne se prête pas à une définition exhaustive et qui englobe notamment un droit à l'autodétermination (*Pretty*, précité, § 61). En outre, cette notion recouvre le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent (*Evans*, précité, § 71, et *A, B et C c. Irlande* [GC], n° 25579/05, § 212, CEDH 2010).

154. Dans les affaires dont elle a eu à connaître où se posait la question particulière du sort à réserver aux embryons issus d'une procréation médicalement assistée, la Cour s'est référée à la liberté de choix des parties.

155. Dans l'affaire *Evans* (précitée), en analysant l'équilibre à ménager entre les droits conflictuels que les parties à un traitement par fécondation *in vitro* peuvent puiser dans l'article 8 de la Convention, la Grande Chambre a estimé « qu'il n'y a[vait] pas lieu d'accorder davantage de poids au droit de la requérante au respect de son choix de devenir parent au sens génétique du terme qu'à celui de [son ex-compagnon] au respect de sa volonté de ne pas avoir un enfant biologique avec elle » (*Evans*, précité, § 90).

156. En outre, dans l'affaire *Knecht c. Roumanie* (n° 10048/10, 2 octobre 2012), où la requérante se plaignait notamment du refus des autorités nationales d'autoriser le transfert de ses embryons du centre médical où ils étaient conservés vers une clinique spécialisée de son choix, la Cour a jugé que l'article 8 n'était applicable que sous l'angle du droit au respect de la vie privée de l'intéressée (*ibidem*, § 55) bien que celle-ci eût invoqué également une méconnaissance de son droit au respect de sa vie familiale (*ibidem*, § 51)).

157. Sur le plan du droit national, la Cour observe que, comme le Gouvernement l'a souligné à l'audience, l'arrêt n° 162 du 10 juin 2014 par lequel la Cour constitutionnelle a déclaré inconstitutionnelle l'interdiction de la fécondation hétérologue (paragraphe 34-39 ci-dessus) devrait permettre l'« adoption pour la naissance », pratique qui consiste pour un couple ou une femme à adopter des embryons surnuméraires à des fins d'implantation et qui avait été envisagée par le Comité national pour la bioéthique en 2005. De plus, la Cour note que, dans l'arrêt en question, la Cour constitutionnelle a considéré que le choix des demandeurs de devenir parents et de fonder une famille avec des enfants relevait de « leur liberté d'autodétermination concernant la sphère de leur vie privée et familiale » (paragraphe 37 ci-dessus). Il en résulte que l'ordre juridique italien accorde aussi du poids à la liberté de choix des parties à un traitement par fécondation *in vitro* en ce qui concerne le sort des embryons non destinés à l'implantation.

158. En l'espèce, la Cour doit aussi avoir égard au lien existant entre la personne qui a eu recours à une fécondation *in vitro* et les embryons ainsi conçus, et qui tient au fait que ceux-ci renferment le patrimoine génétique de la personne en question et représentent à ce titre une partie constitutive de celle-ci et de son identité biologique.

159. La Cour en conclut que la possibilité pour la requérante d'exercer un choix conscient et réfléchi quant au sort à réserver à ses embryons touche un aspect intime de sa vie personnelle et relève à ce titre de son droit à l'autodétermination. L'article 8 de la Convention, sous l'angle du droit au respect de la vie privée, trouve donc à s'appliquer en l'espèce.

160. La Cour constate enfin que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

## 2. Sur le fond du grief soulevé par la requérante

### a) Sur l'existence d'une «ingérence» «prévues par la loi»

161. À l'instar des parties, la Cour estime que l'interdiction faite par l'article 13 de la loi n° 40/2004 de donner à la recherche scientifique des embryons issus d'une fécondation *in vitro* non destinés à l'implantation constitue une ingérence dans le droit de la requérante au respect de sa vie privée. Elle rappelle à cet égard que, à l'époque où la requérante a eu recours à une fécondation *in vitro*, la question du don des embryons non implantés issus de cette technique n'était pas réglementée. Par conséquent, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi litigieuse, il n'était nullement interdit à la requérante de donner ses embryons à la recherche scientifique.

### b) Sur la légitimité du but poursuivi

162. Au cours de l'audience, le Gouvernement a indiqué que l'objectif poursuivi par la mesure litigieuse consistait à protéger la «potentialité de vie dont l'embryon est porteur».

163. La Cour rappelle que l'énumération des exceptions au droit au respect de la vie privée qui figure dans le second paragraphe de l'article 8 de la Convention est exhaustive et que la définition de ces exceptions est restrictive. Pour être compatible avec la Convention, une restriction à ce droit doit notamment être inspirée par un but susceptible d'être rattaché à l'un de ceux que cette disposition énumère (*S.A.S. c. France*, précité, § 113).

164. La Cour relève que, tant dans ses observations écrites que dans la réponse à la question qui lui a été posée à l'audience, le Gouvernement ne s'est pas référé aux clauses du second paragraphe de l'article 8.

165. Toutefois, dans ses observations écrites portant sur l'article 8, le Gouvernement a renvoyé aux considérations qu'il avait exposées sur le terrain de l'article 1 du Protocole n° 1 (paragraphe 124 ci-dessus) selon lesquelles, dans l'ordre juridique italien, l'embryon humain est considéré comme un sujet de droit devant bénéficier du respect dû à la dignité humaine (paragraphe 200 ci-dessous).

166. La Cour relève également que, dans le même ordre d'idées, deux tiers intervenants (l'ECLJ et les associations « Movimento per la vita », « Scienza e vita » et « Forum delle associazioni familiari ») soutiennent que l'embryon humain a la qualité de « sujet » (paragraphe 140 et 143 ci-dessus).

167. La Cour admet que la « protection de la potentialité de vie dont l'embryon est porteur » peut être rattachée au but de protection de la morale et des droits et libertés d'autrui, au sens où cette notion est entendue par le Gouvernement (voir aussi *Costa et Pavan*, précité, §§ 45 et 59). Toutefois, cela n'implique aucun jugement de la Cour sur le point de savoir si le mot « autrui » englobe l'embryon humain (*A, B et C c. Irlande*, précité, § 228).

**c) Sur la nécessité de la mesure dans une société démocratique**

*i. Les principes dégagés par la jurisprudence de la Cour en matière de procréation médicalement assistée*

168. La Cour rappelle que pour apprécier la « nécessité » d'une mesure litigieuse « dans une société démocratique » il lui faut examiner, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, si les motifs invoqués pour justifier la mesure en question sont pertinents et suffisants aux fins de l'article 8 § 2 (voir, parmi beaucoup d'autres, *S.H. et autres c. Autriche* [GC], n° 57813/00, § 91, CEDH 2011, *Olsson c. Suède (n° 1)*, 24 mars 1988, § 68, série A n° 130, *K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 154, CEDH 2001-VII, *Kutzner c. Allemagne*, n° 46544/99, § 65, CEDH 2002-I, et *P., C. et S. c. Royaume-Uni*, n° 56547/00, § 114, CEDH 2002-VI).

169. En outre, pour se prononcer sur l'ampleur de la marge d'appréciation à accorder à l'État dans une affaire soulevant des questions au regard de l'article 8, 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 d'ordinaire restreinte (*Evans*, précité, § 77, avec les références qui s'y trouvent citées, et *Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, § 78, CEDH 2007-V). En revanche, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est plus large (*S.H. et autres c. Autriche*, précité, § 94, *Evans*, précité, § 77, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, § 44, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II, *Fretté c. France*, n° 36515/97, § 41, CEDH 2002-I, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 85, CEDH 2002-VI, et *A, B et C c. Irlande*, précité, § 232).

170. La Cour a également observé que, en tout état de cause, « les choix opérés par le législateur en la matière n'échappent pas [à son] contrôle. Il [lui] incombe d'examiner attentivement les arguments dont le législateur a tenu compte pour parvenir aux solutions qu'il a retenues et de rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'État et ceux des individus directement touchés par les solutions en question » (*S.H. et autres c. Autriche*, précité, § 97).

171. Dans l'affaire précitée, la Cour a aussi relevé que le parlement autrichien n'avait pas encore « procédé à un réexamen approfondi des règles régissant la procréation artificielle à la lumière de l'évolution rapide que connaissent la science et la société à cet égard » et elle a rappelé que « le domaine en cause, qui paraît se trouver en perpétuelle évolution et connaît des évolutions scientifiques et juridiques particulièrement rapides, appelle un examen permanent de la part des États contractants » (*S.H. et autres c. Autriche*, précitée, §§ 117-118).

172. Dans l'affaire *Costa et Pavan* (précitée, § 64), la Cour a jugé que la législation italienne sur le diagnostic préimplantatoire manquait de cohérence en ce qu'elle interdisait de limiter l'implantation aux seuls embryons indemnes de la maladie dont les intéressés étaient porteurs sains alors qu'elle autorisait la requérante à avorter d'un fœtus qui aurait été atteint de la maladie en question.

173. En outre, elle a estimé qu'elle n'avait pas pour tâche de se substituer aux autorités nationales dans le choix de la réglementation la plus appropriée en matière de procréation médicalement assistée, soulignant notamment que l'utilisation des techniques de fécondation *in vitro* soulève des questions délicates d'ordre moral et éthique, dans un domaine en évolution continue (*Knecht*, précité, § 59).

*ii. Application en l'espèce des principes susmentionnés*

174. La Cour rappelle d'emblée que la présente espèce ne concerne pas un projet parental, à la différence des affaires citées ci-dessus. Dans ces conditions, s'il n'est assurément pas dénué d'importance, le droit de donner des embryons à la recherche scientifique invoqué par la requérante ne fait pas partie du noyau dur des droits protégés par l'article 8 de la Convention en ce qu'il ne porte pas sur un aspect particulièrement important de l'existence et de l'identité de l'intéressée.

175. En conséquence, et eu égard aux principes dégagés par sa jurisprudence, la Cour estime qu'il y a lieu d'accorder à l'État défendeur une ample marge d'appréciation en l'espèce.

176. De plus, elle observe que la question du don d'embryons non destinés à l'implantation suscite de toute évidence « des interrogations délicates

d'ordre moral et éthique» (*Evans*, précité, *S.H. et autres c. Autriche*, précité, et *Knecht*, précité) et que les éléments de droit comparé dont elle dispose (paragraphe 69-76 ci-dessus) montrent qu'il n'existe en la matière aucun consensus européen, contrairement à ce qu'affirme la requérante (paragraphe 137 ci-dessus).

177. Certes, plusieurs États membres ont adopté une approche permissive dans ce domaine: dix-sept des quarante États membres pour lesquels la Cour dispose d'informations en la matière autorisent la recherche sur les lignées cellulaires embryonnaires humaines. S'y ajoutent les états où ce domaine n'est pas réglementé, mais dont les pratiques sont permissives en la matière.

178. Toutefois, certains états (Andorre, la Lettonie, la Croatie et Malte) se sont dotés d'une législation interdisant expressément toute recherche sur les cellules embryonnaires. D'autres n'autorisent les recherches de ce genre que sous certaines conditions strictes, exigeant par exemple qu'elles visent à protéger la santé de l'embryon ou qu'elles utilisent des lignées cellulaires importées de l'étranger (c'est le cas de la Slovaquie, de l'Allemagne et de l'Autriche, tout comme de l'Italie).

179. L'Italie n'est donc pas le seul État membre du Conseil de l'Europe à proscrire le don d'embryons humains à des fins de recherche scientifique.

180. De plus, les documents précités du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne confirment que les autorités nationales jouissent d'une ample marge de discrétion pour adopter des législations restrictives lorsque la destruction d'embryons humains est en jeu, compte tenu notamment des questions d'ordre éthique et moral que la notion de commencement de la vie humaine comporte et de la pluralité de vues existant à ce sujet parmi les différents États membres.

181. Il en va notamment ainsi de la Convention d'Oviedo, dont l'article 27 prévoit qu'aucune de ses dispositions ne doit être interprétée comme limitant la faculté de chaque partie d'accorder une protection plus étendue à l'égard des applications de la biologie et de la médecine. L'avis n° 15 adopté le 14 novembre 2000 par le Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne (paragraphe 58 ci-dessus), la Résolution 1352 (2003) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la recherche sur les cellules souches (voir la partie III « Documents du Conseil de l'Europe », point F ci-dessus) et le Règlement n° 1394/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les médicaments de thérapie innovante comportent des dispositions similaires (voir la partie IV « Droit et éléments pertinents de l'Union européenne, point B ci-dessus).

182. Les limites imposées au niveau européen visent plutôt à freiner les excès dans ce domaine. C'est le cas par exemple de l'interdiction de créer des embryons humains à des fins de recherche scientifique, prévue par l'article 18 de la Convention d'Oviedo, ou de l'interdiction de breveter des inventions scientifiques dont le processus d'élaboration implique la destruction d'embryons humains (voir l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne *Oliver Brüstle c. Greenpeace eV* du 18 octobre 2011).

183. Cela étant, la marge d'appréciation de l'État n'est pas illimitée et il incombe à la Cour d'examiner les arguments dont le législateur a tenu compte pour parvenir aux solutions qu'il a retenues ainsi que de rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'État et ceux des individus directement touchés par les solutions en question (*Evans*, précité, § 86, et *S.H. et autres c. Autriche*, précité, § 97).

184. La Cour relève dans ce contexte que, s'appuyant sur des documents relatifs aux travaux préparatoires de la loi n° 40/2004, le Gouvernement a indiqué à l'audience que l'élaboration de la loi avait donné lieu à un important débat qui avait tenu compte des différentes opinions et des questions scientifiques et éthiques existant en la matière (paragraphe 127 ci-dessus).

185. Il ressort en effet d'un rapport de la XII<sup>e</sup> Commission permanente présenté au Parlement le 26 mars 2002 que le débat a été enrichi par les contributions de médecins, spécialistes et associations engagées dans le domaine de la procréation médicalement assistée et que les discussions les plus vives ont porté en général sur la sphère des libertés individuelles, opposant les partisans d'une conception laïque de l'État aux tenants d'une approche confessionnelle de celui-ci.

186. De plus, lors des débats du 19 janvier 2004, la loi n° 40/2004 avait également été critiquée entre autres parce que la reconnaissance de la qualité de sujet de droit à l'embryon opérée par son premier article entraînait selon certains une série d'interdictions, notamment celle de recourir à la fécondation hétérologue et d'utiliser à des fins de recherche scientifique des embryons cryoconservés non destinés à une implantation.

187. Par ailleurs, à l'instar du Gouvernement, la Cour rappelle que la loi n° 40/2004 a fait l'objet de plusieurs référendums, qui ont échoué faute de quorum. Afin de promouvoir le développement de la recherche scientifique en Italie dans le domaine des maladies difficilement curables, l'un de ceux-ci proposait notamment l'abrogation de la clause de l'article 13 qui subordonne l'autorisation de mener des recherches scientifiques sur des embryons à la condition de protéger leur santé et leur développement.

188. La Cour constate donc que, lors du processus d'élaboration de la loi litigieuse, le législateur avait déjà tenu compte des différents intérêts ici en cause, notamment celui de l'État à protéger l'embryon et celui des

personnes concernées à exercer leur droit à l'autodétermination individuelle sous la forme d'un don de leurs embryons à la recherche.

189. La Cour relève ensuite que la requérante allègue que la législation italienne relative à la procréation médicalement assistée est incohérente, en vue de démontrer le caractère disproportionné de l'ingérence dont elle se plaint.

190. Dans ses observations écrites et à l'audience, l'intéressée a notamment souligné qu'il était difficile de concilier la protection de l'embryon mise en avant par le Gouvernement avec, d'une part, la possibilité pour une femme de recourir légalement à un avortement thérapeutique jusqu'au troisième mois de grossesse et, d'autre part, l'utilisation par les chercheurs italiens de lignées cellulaires embryonnaires issues d'embryons ayant été détruits à l'étranger.

191. La Cour n'a point pour tâche d'analyser *in abstracto* la cohérence de la législation italienne en la matière. Pour être pertinentes aux fins de son examen, les contradictions dénoncées par la requérante doivent se rapporter à l'objet du grief qu'elle soulève devant la Cour, à savoir la limitation de son droit à l'autodétermination quant au sort à réserver à ses embryons (voir, *mutatis mutandis*, *Olsson* (n° 1), précité, § 54, et *Knecht*, précité, § 59).

192. Quant aux recherches effectuées en Italie sur des lignées cellulaires embryonnaires importées issues d'embryons ayant été détruits à l'étranger, la Cour observe que, si le droit invoqué par la requérante de décider du sort de ses embryons est lié à son désir de contribuer à la recherche scientifique, il n'y a toutefois pas lieu d'y voir une circonstance affectant directement l'intéressée.

193. De surcroît, la Cour prend acte de l'information fournie par le Gouvernement au cours de l'audience, selon laquelle les lignées de cellules embryonnaires utilisées dans les laboratoires italiens à des fins de recherche ne sont jamais produites à la demande des autorités italiennes.

194. Elle partage l'opinion du Gouvernement selon laquelle la destruction volontaire et active d'un embryon humain ne saurait être assimilée à l'utilisation de lignées cellulaires issues d'embryons humains détruits à un stade antérieur.

195. Elle en conclut que, même à les supposer avérées, les incohérences de la législation alléguées par la requérante ne sont pas de nature à affecter directement le droit qu'elle invoque en l'espèce.

196. Enfin, la Cour constate que, dans la présente affaire, le choix de donner les embryons litigieux à la recherche scientifique résulte de la seule volonté de la requérante, son compagnon étant décédé. Or la Cour ne dispose d'aucun élément attestant que ce dernier, qui était concerné par les

embryons en cause au même titre que la requérante à l'époque de la fécondation, aurait fait le même choix. Par ailleurs, cette situation ne fait pas non plus l'objet d'une réglementation sur le plan interne.

197. Pour les raisons exposées ci-dessus, la Cour estime que le Gouvernement n'a pas excédé en l'espèce l'ample marge d'appréciation dont il jouit en la matière et que l'interdiction litigieuse était « nécessaire dans une société démocratique » au sens de l'article 8 § 2 de la Convention.

198. Il n'y a donc pas eu violation du droit de la requérante au respect de sa vie privée au titre de l'article 8 de la Convention.

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

199. Invoquant l'article 1 du Protocole n° 1, la requérante se plaint de ne pouvoir donner ses embryons et d'être obligée de les maintenir en état de cryoconservation jusqu'à leur mort. L'article 1 du Protocole n° 1 dispose :

« 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. Arguments des parties

#### 1. Arguments du Gouvernement

200. Le Gouvernement avance d'abord que l'embryon humain ne saurait être considéré comme une « chose » et qu'il est en tout état de cause inacceptable de lui attribuer une valeur économique. Il souligne ensuite que, dans l'ordre juridique italien, l'embryon humain est considéré comme un sujet de droit devant bénéficier du respect dû à la dignité humaine.

201. Par ailleurs, il soutient que la Cour reconnaît aux États membres une large marge d'appréciation en matière de détermination du début de la vie humaine (*Evans*, précité, § 81), tout particulièrement dans des domaines comme celui-ci, où sont en jeu des questions morales et éthiques complexes qui ne font pas l'objet d'un consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe.

202. Il en conclut qu'aucune violation de l'article 1 du Protocole n° 1 ne saurait être décelée en l'espèce.

## 2. *Arguments de la requérante*

203. La requérante soutient que les embryons conçus par fécondation *in vitro* ne sauraient être considérés comme des «individus» puisque, en l'absence d'implantation, ils ne sont pas destinés à se développer pour devenir des fœtus et naître. Elle en déduit que, du point de vue juridique, ils sont des «biens».

204. Dans ces conditions, elle estime disposer d'un droit de propriété sur ses embryons. Or elle considère que l'État y a apporté des limitations qu'aucun motif d'intérêt général ne justifie, la protection de la potentialité de vie dont les embryons seraient porteurs ne pouvant être raisonnablement invoquée à cet égard dès lors qu'ils ont vocation à être éliminés.

## 3. *Observations des tiers intervenants*

### a) **Le Centre européen pour la justice et les droits de l'homme (l'ECLJ)**

205. L'ECLJ soutient que les embryons ne sauraient être considérés comme des «choses», et qu'ils ne peuvent donc pas être détruits volontairement. Par ailleurs, il avance que la notion de «bien» a en soi une connotation économique qui est à exclure dans le cas d'embryons humains.

206. Enfin, il fait observer que la Cour autorise les États à déterminer dans leur ordre juridique interne «le point de départ du droit à la vie» (*Vo c. France* [GC], n° 53924/00, § 82, CEDH 2004-VIII) et que, dans ce domaine, elle leur accorde une ample marge d'appréciation (*A, B et C c. Irlande*, précité, § 237).

### b) **Les associations «Movimento per la vita», «Scienza e vita» et «Forum delle associazioni familiari», représentées par M<sup>e</sup> Casini**

207. Ces tiers intervenants excluent que l'embryon humain puisse être vu comme une «chose».

208. En outre, elles avancent que la législation italienne en la matière est cohérente. Si elles reconnaissent que celle-ci autorise l'avortement thérapeutique, elles précisent que cette possibilité ne tient pas à l'attribution de la qualité de «chose» à l'embryon mais à la prise en compte des différents intérêts en cause, notamment celui de la mère.

### c) **Les associations «Luca Coscioni», «Amica Cicogna Onlus», «L'altra cicogna Onlus» et «Cerco Un Bimbo» ainsi que quarante-six membres du Parlement italien, représentés par M<sup>e</sup> Gallo**

209. M<sup>e</sup> Gallo réitère les considérations exposées par la requérante concernant le statut de l'embryon.

d) **Les associations «VOX – Osservatorio italiano sui Diritti», «SIFES – Society of Fertility, Sterility and Reproductive Medicine» et «Cittadinanzattiva», représentées par M<sup>e</sup> D’Amico, M<sup>me</sup> Costantini, M. Clara, M<sup>me</sup> Ragni et M<sup>me</sup> Liberali**

210. Ces tiers intervenants n’ont pas présenté d’observations sous l’angle de l’article 1 du Protocole n° 1.

## **B. Appréciation de la Cour**

### *1. Les principes dégagés par la jurisprudence de la Cour*

211. La Cour rappelle que la notion de « bien » au sens de l’article 1 du Protocole n° 1 a une portée autonome qui ne se limite pas à la propriété de biens corporels et qui est indépendante des qualifications formelles du droit interne : certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer pour des « droits patrimoniaux » et donc des « biens » aux fins de cette disposition. Dans chaque affaire, il importe d’examiner si les circonstances, considérées dans leur ensemble, ont rendu le requérant titulaire d’un intérêt substantiel protégé par l’article 1 du Protocole n° 1 (*Iatridis c. Grèce* [GC], n° 31107/96, § 54, CEDH 1999-II, *Beyeler c. Italie* [GC], n° 33202/96, § 100, CEDH 2000-I, et *Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, § 129, CEDH 2004-V).

212. L’article 1 du Protocole n° 1 ne vaut que pour les biens actuels. Un revenu futur ne peut ainsi être considéré comme un « bien » que s’il a déjà été gagné ou s’il fait l’objet d’une créance certaine. En outre, l’espoir de voir reconnaître un droit de propriété que l’on est dans l’impossibilité d’exercer effectivement ne peut non plus être considéré comme un « bien », ni une créance conditionnelle qui se trouve caduque par suite de la non-réalisation de la condition (*Gratzinger et Gratzingerova c. République tchèque* (déc.) [GC], n° 39794/98, § 69, CEDH 2002-VII).

213. Cependant, dans certaines circonstances, l’« espérance légitime » d’obtenir une valeur patrimoniale peut également bénéficier de la protection de l’article 1 du Protocole n° 1. Ainsi, lorsque l’intérêt patrimonial est de l’ordre de la créance, l’on peut considérer que l’intéressé dispose d’une espérance légitime si un tel intérêt présente une base suffisante en droit interne, par exemple lorsqu’il est confirmé par une jurisprudence bien établie des tribunaux (*Kopecný c. Slovaquie* [GC], n° 44912/98, § 52, CEDH 2004-IX).

### *2. Application en l’espèce des principes susmentionnés*

214. La Cour relève que la présente affaire soulève la question préalable de l’applicabilité de l’article 1 du Protocole n° 1 aux faits en cause. Elle prend acte de ce que les parties ont des positions diamétralement opposées

sur cette question, tout particulièrement en ce qui concerne le statut de l'embryon humain *in vitro*.

215. Elle estime toutefois qu'il n'est pas nécessaire de se pencher ici sur la question, délicate et controversée, du début de la vie humaine, l'article 2 de la Convention n'étant pas en cause en l'espèce. Quant à l'article 1 du Protocole n° 1, la Cour est d'avis qu'il ne s'applique pas dans le cas présent. En effet, eu égard à la portée économique et patrimoniale qui s'attache à cet article, les embryons humains ne sauraient être réduits à des « biens » au sens de cette disposition.

216. L'article 1 du Protocole n° 1 n'étant pas applicable en l'espèce, cette partie de la requête doit être rejetée comme étant incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention, au sens de l'article 35 §§ 3 et 4 de celle-ci.

#### PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Rejette*, à l'unanimité, l'exception de non-épuisement des voies de recours internes soulevée par le Gouvernement ;
2. *Rejette*, à la majorité, l'exception de tardiveté de la requête soulevée par le Gouvernement ;
3. *Rejette*, à la majorité, l'exception soulevée par le Gouvernement tirée de l'absence de qualité de victime de la requérante ;
4. *Déclare*, à la majorité, la requête recevable quant au grief tiré de l'article 8 de la Convention ;
5. *Déclare*, à l'unanimité, la requête irrecevable quant au grief tiré de l'article 1 du Protocole n° 1 ;
6. *Dit*, par seize voix contre une, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg le 27 août 2015.

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 du juge Pinto de Albuquerque ;

- opinion concordante du juge Dedov;
- opinion en partie concordante commune des juges Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou et Dedov;
- opinion en partie dissidente commune des juges Casadevall, Ziemele, Power-Forde, De Gaetano et Yudkivska;
- opinion en partie dissidente du juge Nicolaou;
- opinion dissidente du juge Sajó.

D.S.

J.C.

## OPINION CONCORDANTE DU JUGE PINTO DE ALBUQUERQUE

### I. Introduction

1. Je n'ai pas d'objection aux décisions sur la recevabilité et l'irrecevabilité formulées par la majorité de la Grande Chambre<sup>1</sup>. Je ne puis cependant souscrire au raisonnement de la majorité sur la question de fond qui est en jeu, à savoir l'utilisation d'embryons cryoconservés aux fins de la recherche sur les cellules souches. J'ai néanmoins voté, sans hésitation, comme la majorité en faveur d'un constat de non-violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (« la Convention »).

### II. La recherche sur l'embryon humain en droit international

#### A. Les normes des Nations unies

##### *i. La Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*

2. Comme il ressort de l'article 6 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du neuvième alinéa du préambule de la Convention relative aux droits de l'enfant, le droit international n'est pas indifférent à la nécessité de protéger la vie humaine potentielle. Cependant, l'article 15 § 3 du Pacte international de 1966 sur les droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) engage aussi les États parties « à respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique ». L'État peut toutefois limiter cette liberté scientifique aux fins de favoriser le « bien-être général dans une société démocratique ». La protection de la vie humaine à naître – valeur sociale indispensable dans une société démocratique qui concerne le bien-être non seulement des générations actuelles mais aussi des générations futures – relève assurément de la clause de restriction contenue à l'article 4 du PIDESC, lue à la lumière du développement du droit international survenu dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle.

En fait, les Nations unies ont pris d'importantes mesures en vue de la reconnaissance de la dignité humaine des embryons, en les protégeant dans le cadre de la recherche scientifique et de l'expérimentation sur les êtres humains, à commencer par l'adoption de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme adoptée à la Conférence générale

---

1. À mon avis, le non-épuisement des voies de recours internes est la seule question problématique, mais cette objection a été écartée comme il se devait au vu de la position expresse de la Cour constitutionnelle italienne, laquelle a ajourné l'examen d'une affaire qui soulevait la même question juridique, dans l'attente de la décision de la Grande Chambre en l'espèce (paragraphe 53 de l'arrêt).

de l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (Unesco) en 1997<sup>2</sup>, confirmée par l'Assemblée générale des Nations unies en 1998<sup>3</sup>. La déclaration énonce que le génome humain sous-tend la reconnaissance de la dignité intrinsèque et de la diversité de la famille humaine. Chaque individu a droit au respect de sa dignité et de ses droits, quelles que soient ses caractéristiques génétiques. Cette dignité impose de ne pas réduire les individus à leurs caractéristiques génétiques et de respecter le caractère unique de chacun et la diversité des individus. Le génome humain, par nature évolutif, est sujet à des mutations. Il renferme des potentialités qui s'expriment différemment selon l'environnement naturel et social de chaque individu. Le génome humain en son état naturel ne peut donner lieu à des gains pécuniaires. La déclaration ajoute qu'aucune recherche concernant le génome humain, ni aucune de ses applications, en particulier dans les domaines de la biologie, de la génétique et de la médecine, ne devrait prévaloir sur le respect des droits de l'homme, des libertés fondamentales et de la dignité humaine des individus ou de groupes d'individus. Des pratiques qui sont contraires à la dignité humaine, telles que le clonage à des fins de reproduction d'êtres humains, ne sont pas permises.

*ii. Les Lignes directrices internationales d'éthique pour la recherche biomédicale impliquant des sujets humains*

3. En 2002, le Conseil des organisations internationales des sciences médicales (CIOMS), en collaboration avec l'Organisation mondiale de la santé (OMS), a mis à jour les Lignes directrices internationales d'éthique pour la recherche biomédicale impliquant des sujets humains, qui portent sur l'application à la recherche impliquant des sujets humains de trois principes fondamentaux d'éthique : le respect de la personne, la bienfaisance et la justice<sup>4</sup>. Cet instrument dispose donc que la recherche biomédicale impliquant des sujets humains ne peut être éthiquement justifiable que si elle est conduite d'une manière qui respecte et protège les sujets de la recherche, qui

2. Résolution 29 C/17 de la Conférence générale de l'Unesco, Unesco GC, 29<sup>e</sup> session (11 novembre 1997), adoptée à l'unanimité et par acclamation. Voir aussi les Orientations pour la mise en œuvre de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, annexées à la Résolution 30 C/23 (16 novembre 1999). Ces résolutions avaient déjà été anticipées par la Déclaration de l'Association médicale mondiale sur les principes éthiques applicables à la recherche médicale impliquant des êtres humains, évoquée ci-dessous dans la présente opinion.

3. Résolution de l'Assemblée générale des Nations unies A/RES/53/152, 9 décembre 1998, adoptée sans vote.

4. Le Conseil des organisations internationales des sciences médicales (CIOMS) est une organisation internationale non gouvernementale et à but non lucratif établie conjointement par l'OMS et l'Unesco en 1949. Comme celles de 1982 et de 1993, les Lignes directrices du CIOMS de 2002 visent à aider les États à définir leurs politiques nationales en matière d'éthique de la recherche biomédicale impliquant des sujets humains.

soit équitable et qui soit moralement acceptable dans les communautés où la recherche est effectuée<sup>5</sup>.

*iii. La Déclaration internationale sur les données génétiques humaines*

4. La Déclaration internationale sur les données génétiques humaines a été adoptée par la Conférence générale de l'Unesco en octobre 2003<sup>6</sup>. Elle a pour objectifs d'assurer le respect de la dignité humaine et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la collecte, le traitement, l'utilisation et la conservation des données génétiques humaines, des données protéomiques humaines et des échantillons biologiques à partir desquels elles sont obtenues, conformément aux impératifs d'égalité et de justice. La déclaration énonce que chaque individu a une constitution génétique caractéristique. Toutefois, l'identité d'une personne ne saurait se réduire à ses caractéristiques génétiques. Les données génétiques humaines et les données protéomiques humaines peuvent être collectées, traitées, utilisées et conservées uniquement aux fins de recherche médicale et autre recherche scientifique, ou toute autre fin compatible avec la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme et avec le droit international des droits de l'homme.

*iv. La Déclaration des Nations unies sur le clonage des êtres humains*

5. La Déclaration des Nations unies sur le clonage des êtres humains a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies en mars 2005<sup>7</sup>. Elle invite les États membres à adopter toutes les mesures voulues pour protéger comme il convient la vie humaine dans l'application des sciences de la vie, à interdire toutes les formes de clonage humain dans la mesure où elles seraient incompatibles avec la dignité humaine et la protection de la vie humaine et à adopter les mesures voulues pour interdire l'application des techniques de génie génétique qui pourrait aller à l'encontre de la dignité humaine.

5. Voir aussi la publication de l'OMS « Standards and Operational Guidance for Ethics Review of Health-related Research with Human Participants », 2011. En 2003, l'OMS avait déjà adopté la *Guideline for Obtaining Informed Consent for the Procurement and Use of Human Tissues, Cells and Fluids in Research*, qui vise à aider les chercheurs à gérer les questions éthiques liées aux modes d'obtention, d'utilisation et enfin d'élimination du matériel de recherche clinique, ainsi que la question du consentement éclairé. Cette recommandation s'applique aussi au matériel biologique humain auparavant recueilli et conservé dans un dépôt. Elle indique que le versement d'une somme d'argent ou toute autre incitation à donner du tissu embryonnaire est expressément prohibée.

6. Résolution 32 C/15 de la Conférence générale de l'Unesco, Unesco GC, 32<sup>e</sup> session (2003).

7. Résolution 280 de l'Assemblée générale des Nations unies, cinquante-neuvième session (23 mars 2005), ONU, documents officiels, A/RES/59/280. La déclaration a été adoptée à l'issue d'un vote où 84 États se sont prononcés pour, 34 pays contre, et 37 pays se sont abstenus.

*v. La Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*

6. La Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme a été adoptée par acclamation par la Conférence générale de l'Unesco en octobre 2005<sup>8</sup>. Elle traite des questions d'éthique posées par la médecine, les sciences de la vie et les technologies qui leur sont associées, appliquées aux êtres humains. Elle insiste sur la nécessité pour cette recherche scientifique de s'inscrire dans le cadre des principes éthiques et de respecter la dignité humaine, les droits de l'homme et les libertés fondamentales. Les intérêts et le bien-être de l'individu devraient l'emporter sur le seul intérêt de la science ou de la société. Dans l'application et l'avancement des connaissances scientifiques, de la pratique médicale et des technologies qui leur sont associées, les effets bénéfiques directs et indirects pour les individus concernés devraient être maximisés et tout effet nocif susceptible d'affecter ces individus devrait être réduit au minimum. L'égalité fondamentale de tous les êtres humains en dignité et en droit doit être respectée de manière à ce qu'ils soient traités de façon juste et équitable. Aucun individu ou groupe ne devrait être soumis, en violation de la dignité humaine, des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à la discrimination ou à la stigmatisation. L'incidence des sciences de la vie sur les générations futures, y compris sur leur constitution génétique, devrait être dûment prise en considération.

*vi. Les avis du Comité international de bioéthique de l'Unesco*

7. En 2001, le Comité international de bioéthique de l'Unesco (CIB) a résumé sa position au sujet des cellules souches embryonnaires dans un rapport intitulé « L'utilisation des cellules souches embryonnaires pour la recherche thérapeutique: rapport du CIB sur les aspects éthiques des recherches sur les cellules embryonnaires »<sup>9</sup>. Aux fins du rapport, l'embryon humain a été examiné aux premiers stades de son développement, avant son implantation dans l'utérus. Si les recherches sur l'embryon humain pour obtenir des cellules souches embryonnaires sont autorisées, alors elles doivent être soumises à un strict contrôle et à des conditions restrictives rigoureuses, notamment l'obtention du consentement éclairé des donneurs et la justification en termes d'avantages pour l'humanité. Les recherches menées à des fins non médicales ne seraient évidemment pas éthiques, de même que des recherches qui porteraient sur des embryons ayant dépassé les tout premiers stades de développement. Les applications médicales des recherches doivent

8. Conférence générale de l'Unesco, 33<sup>e</sup> session (2005).

9. Comité international de bioéthique de l'Unesco, « L'utilisation des cellules souches embryonnaires pour la recherche thérapeutique: rapport du CIB sur les aspects éthiques des recherches sur les cellules embryonnaires », BIO-7/00/GT-1/2(Rev.3), 6 avril 2001. Créé en 1993, le CIB se compose de trente-six experts indépendants qui suivent les avancées dans les sciences de la vie.

être sans équivoque des applications thérapeutiques et non correspondre à des souhaits cosmétiques ou à des caprices non médicaux ou, *a fortiori*, à des améliorations eugéniques. En aucun cas le don d'embryons humains ne doit être une transaction commerciale et des mesures devraient être prises pour décourager toute incitation financière.

Les recherches sur les cellules souches embryonnaires – et les recherches sur l'embryon en général – sont une question que chaque communauté doit elle-même trancher. Des mesures devraient être prises pour garantir que ces recherches sont menées dans un cadre législatif ou réglementaire qui accorderait le poids nécessaire aux considérations éthiques et fixerait des principes directeurs adéquats. Si l'on envisage d'autoriser que des dons d'embryons surnuméraires au stade préimplantatoire, provenant de traitements de FIV, soient consentis pour des recherches sur les cellules souches embryonnaires à des fins thérapeutiques, l'attention sera accordée à la dignité et aux droits des deux parents donateurs. Il est donc essentiel que le don n'ait lieu qu'après que les donateurs ont été pleinement informés des implications de ces recherches et ont donné leur consentement libre et éclairé. Il conviendrait d'examiner d'autres technologies permettant d'obtenir des lignées de cellules souches à partir de sources génétiquement compatibles pour la recherche thérapeutique dans le domaine des transplantations. Dans tous les aspects des recherches concernant l'embryon humain, une importance particulière devrait être accordée au respect de la dignité humaine et aux principes énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) et la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme (1997).

8. En 2003, dans le « Rapport du CIB sur le diagnostic génétique préimplantatoire et les interventions sur la lignée germinale »<sup>10</sup>, le CIB a déclaré que la destruction d'embryons pour des raisons non médicales ou l'interruption d'une grossesse à cause du sexe de l'enfant n'est pas « contrebalancée » par le désir d'éviter des souffrances futures dues à une maladie grave. L'intervention sur la lignée germinale vise à corriger une anomalie génétique particulière dans les cellules germinales ou dans l'embryon à ses premiers stades ou à introduire des gènes qui peuvent conférer à l'embryon des caractères additionnels. Le CIB a souligné qu'en ce qui concerne les interventions sur la lignée germinale, la distinction entre les « objectifs thérapeutiques » et « l'amélioration des caractéristiques normales » n'est pas claire. Le CIB a rappelé que « [les interventions sur la lignée germinale] pourraient être contraires à la dignité humaine ».

---

10. Comité international de bioéthique de l'Unesco, Rapport du CIB sur le diagnostic génétique préimplantatoire et les interventions sur la lignée germinale, SHS-EST/02/CIB-9/2 (Rev. 3), 24 avril 2003.

9. Dans le « Rapport du CIB sur le clonage humain et la gouvernance internationale »<sup>11</sup>, le CIB a relevé que les expressions « clonage reproductif » et « clonage thérapeutique » introduites dans le débat bioéthique ne décrivaient pas adéquatement les procédés techniques utilisés. Les nouvelles avancées scientifiques, comme les cellules souches pluripotentes induites, ouvraient de nouvelles possibilités pour la recherche et, à moyen terme, pour des applications thérapeutiques.

10. Dans un rapport intitulé « Avis du CIB sur la brevetabilité du génome humain »<sup>12</sup>, le CIB a admis qu'autoriser la brevetabilité du génome humain pourrait freiner la recherche et monopoliser les connaissances scientifiques, et a estimé qu'il existait de solides raisons éthiques pour exclure le génome humain de la brevetabilité.

## **B. Les normes professionnelles universelles**

### *i. La Déclaration de l'Association médicale mondiale (AMM) sur les principes éthiques applicables à la recherche médicale impliquant des êtres humains*

11. L'AMM a approuvé la Déclaration d'Helsinki comme énoncé de principes éthiques applicables à la recherche médicale impliquant des êtres humains, y compris la recherche sur du matériel biologique humain et sur des données identifiables. Adoptée en 1964 et amendée pour la dernière fois en 2013, la déclaration énonce que l'objectif premier de la recherche médicale impliquant des êtres humains est de comprendre les causes, le développement et les effets des maladies et d'améliorer les interventions préventives, diagnostiques et thérapeutiques. Même les meilleures interventions éprouvées doivent être évaluées en permanence par de nouvelles recherches portant sur leur sécurité, leur efficacité, leur pertinence, leur accessibilité et leur qualité. La recherche médicale est soumise à des normes éthiques qui promeuvent et assurent le respect de tous les êtres humains et qui protègent leur santé et leurs droits. Cet objectif ne doit jamais prévaloir sur les droits et les intérêts des personnes impliquées dans la recherche. Une recherche médicale impliquant des êtres humains ne peut être conduite que si l'importance de l'objectif dépasse les risques et inconvénients pour les personnes impliquées. Certains groupes ou personnes sont particulièrement vulnérables et peuvent avoir une plus forte probabilité d'être abusés ou de subir un préjudice additionnel. Ces groupes et personnes vulnérables devraient bénéficier d'une protection adaptée. La recherche médicale impliquant

11. Comité international de bioéthique de l'Unesco, Rapport du CIB sur le clonage humain et la gouvernance internationale, SHS/EST/CIB-16/09/CONF:503/2 Rev.2, juin 2009.

12. Comité international de bioéthique de l'Unesco, Avis du CIB sur la brevetabilité du génome humain, huitième session de l'Unesco (CIB), Paris, 12-14 septembre 2001.

un groupe vulnérable se justifie uniquement si elle répond aux besoins ou aux priorités sanitaires de ce groupe et qu'elle ne peut être effectuée sur un groupe non vulnérable. En outre, ce groupe devrait bénéficier des connaissances, des pratiques ou interventions qui en résultent.

ii. *Les lignes directrices relatives à la conduite de la recherche sur les cellules souches embryonnaires humaines* (Guidelines for the Conduct of Human Embryonic Stem Cell Research) *de la Société internationale pour la recherche sur les cellules souches*

12. Les lignes directrices de 2006 de la Société internationale pour la recherche sur les cellules souches visent à souligner la responsabilité des scientifiques s'agissant de veiller à ce que les recherches sur les cellules souches humaines soient menées dans le respect de rigoureuses normes d'éthique en matière de recherche, et d'encourager des pratiques uniformes de recherche qui devraient être suivies à l'échelle mondiale par tous les scientifiques travaillant sur les cellules souches humaines. Ces lignes directrices mettent l'accent sur des questions qui sont propres aux recherches sur les cellules souches concernant les stades préimplantatoires du développement humain, aux recherches sur la dérivation ou l'utilisation des lignées de cellules souches pluripotentes humaines, et sur l'éventail des expériences dans le cadre desquelles de telles cellules peuvent être incorporées dans des hôtes animaux.

Toutes les expériences pertinentes pour la recherche sur les cellules souches embryonnaires humaines qui concernent les stades préimplantatoires du développement humain, les embryons humains ou les cellules embryonnaires, ou qui impliquent l'incorporation de cellules totipotentes ou pluripotentes humaines dans des chimères animales, doivent être soumises à contrôle et approbation. En outre, toutes ces expériences doivent faire l'objet d'un suivi constant par un dispositif ou organe spécial de surveillance. Les chercheurs doivent demander une approbation au moyen d'un processus de surveillance (*Stem Cell Research Oversight – SCRO*).

Les types de recherches qui ne doivent pas être menées, en raison d'un large consensus international selon lequel de telles expériences sont dépourvues de justification scientifique impérieuse ou soulèvent de vives préoccupations d'ordre éthique, sont : la culture *in vitro* de tout embryon humain après fécondation ou de toutes structures cellulaires organisées pouvant manifester un potentiel d'organisme humain, indépendamment de la méthode de dérivation, pendant plus de quatorze jours ou jusqu'au début de la formation de la ligne primitive si celle-ci se produit avant ; la recherche dans le cadre de laquelle un produit obtenu à partir de recherches impliquant des cellules totipotentes ou pluripotentes humaines est implanté dans

un utérus humain ou un utérus de primate non humain; et la recherche dans le cadre de laquelle des chimères animales comportant des cellules humaines, potentiellement capables de former des gamètes, sont croisées les unes avec les autres.

### C. Les normes interaméricaines

13. L'article 1 de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme (1948) énonce que : « Tout être humain a droit à la vie, à la liberté, à la sécurité et à l'intégrité de sa personne ». Les rédacteurs de la déclaration américaine ont spécifiquement rejeté une proposition qui tendait à ce que le texte indiquât que le droit à la vie débutait dès la conception<sup>13</sup>.

L'article 4 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (1969) dispose que : « Toute personne a droit au respect de sa vie. Ce droit doit être protégé par la loi, et en général à partir de la conception ». La Commission interaméricaine des droits de l'homme a toutefois étudié les travaux préparatoires et établi que les termes de la Convention reconnaissant un droit à la vie « en général à partir de la conception » ne visaient pas à conférer un droit à la vie absolu avant la naissance<sup>14</sup>. Dans *Artavia Murillo et autres*<sup>15</sup>, la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) a constaté que l'État défendeur avait fondé son interdiction de la fécondation *in vitro* sur une protection absolue de l'embryon, ce qui, en négligeant la prise en compte d'autres droits concurrents, avait entraîné une ingérence arbitraire et excessive dans la vie privée et familiale. Au contraire, l'impact sur la protection de la vie prénatale était très faible, du fait que le risque de perte de l'embryon existait tant dans le cadre d'une FIV que d'une grossesse naturelle. De plus, l'ingérence avait un effet discriminatoire pour les personnes qui ne disposaient que de la fécondation *in vitro* pour le traitement de leur infertilité. La CIDH a également conclu que l'embryon humain avant implantation ne pouvait être tenu pour une personne aux fins de l'article 4 § 1 de la Convention américaine.

### D. Les normes africaines

14. L'article 4 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981) déclare que « [l]a personne humaine est inviolable » et que « [t]out être humain a droit au respect de sa vie et à l'intégrité physique et morale de sa personne (...) ». Les rédacteurs de la Charte africaine ont spécifiquement

13. Résolution n° 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, Doc.9 rev.1, § 18 b), 6 mars 1981.

14. Affaire « Baby Boy » c. États-Unis, Résolution n° 23/81, 6 mars 1981.

15. *Artavia Murillo et autres (fécondation in vitro) c. Costa Rica (exceptions préliminaires, fond, réparations et frais et dépens) arrêt du 28 novembre 2012, série C n° 257, §§ 315-316.*

écarté toute formulation qui aurait protégé le droit à la vie dès le moment de la conception<sup>16</sup>.

L'Organisation de l'unité africaine, aujourd'hui l'Union africaine, a adopté la Résolution sur la bioéthique en 1996<sup>17</sup>. L'Union africaine a souscrit aux principes de l'inviolabilité du corps humain, de l'intangibilité du patrimoine génétique de l'espèce humaine et de l'indisponibilité du corps humain, de ses éléments, notamment les gènes humains et leurs séquences, qui ne peuvent être soumis au commerce ou à un droit patrimonial. L'Union africaine s'est engagée à promouvoir l'encadrement des possibilités de recherche sur les embryons.

15. En 2008, le bureau de l'Unesco au Caire a organisé une réunion d'experts sur les questions éthiques et juridiques de la recherche sur l'embryon humain dans le but de traiter la question de la recherche sur les embryons, en partenariat avec l'OMS et l'Organisation islamique pour l'éducation, les sciences et la culture (ISESCO). Les recommandations figurant dans le rapport final de cette réunion «ont vocation à être adaptées aux différentes cultures et valeurs religieuses et sociales de la Méditerranée orientale et de la région arabe». Le rapport recommande que, lorsqu'il est permis d'importer d'autres pays du matériel biologique et/ou issu de la recherche, on s'assure que son obtention et sa création ne sont pas contraires aux valeurs ou traditions éthiques ou religieuses. Il faut définir l'objet d'une recherche éthiquement correcte et présentant un bon rapport coûts-bénéfices en tenant compte de buts tels que l'étude de la génétique humaine et du traitement de la stérilité. La recherche qu'un pays peut juger inacceptable doit inclure le clonage reproductif, la thérapie germinale, la manipulation génétique germinale. Les États doivent introduire ou procéder à la révision des dispositions sur les questions telles que l'utilisation pour la recherche d'embryons surnuméraires issus de FIV, le clonage aux fins de la recherche, et le typage (HLA) de cellules embryonnaires, fœtales ou autres pour le traitement de l'enfant d'un couple après la naissance. Les États doivent se pencher sur les types de recherche sur cellules souches embryonnaires qui requièrent une surveillance particulière, déterminer quelle instance doit assurer cette surveillance et quel organe doit assumer la responsabilité. Les pays doivent procéder au suivi et à l'échange des informations susceptibles de réduire ou d'éliminer le besoin de recherches sur les cellules souches embryonnaires, comme le développement de cellules souches pluripotentes induites et

16. *Draft African Charter on Human and Peoples' Rights*, article 17, O.U.A. Doc. CAB/LEG/67/1 (1979).

17. Résolution AHG/Res.254 (XXXII).

de lignées de cellules pouvant en toute sécurité être utilisées sur des êtres humains.

## E. Les normes européennes

### *i. Les normes de l'Union européenne*

16. L'article 3 de la Charte des droits fondamentaux énonce :

- « 1. Toute personne a droit à son intégrité physique et mentale.
- 2. Dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés :
  - le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi,
  - l'interdiction des pratiques eugéniques, notamment celles qui ont pour but la sélection des personnes,
  - l'interdiction de faire du corps humain et de ses parties, en tant que tels, une source de profit,
  - l'interdiction du clonage reproductif des êtres humains.<sup>18</sup> »

17. La Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques vise à renforcer la compétitivité de l'Union européenne sur le marché mondial, protège la propriété intellectuelle des grandes industries et soutient la recherche technoscientifique innovante ; mais elle vise aussi à assurer le respect des principes fondamentaux protégeant la dignité et l'intégrité de la personne, en affirmant le principe selon lequel « le corps humain, dans toutes les phases de sa constitution et de son développement, cellules germinales comprises, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments ou d'un de ses produits, y compris la séquence ou séquence partielle d'un gène humain, ne sont pas brevetables ».

Bien qu'elle ne donne pas de définition juridique de l'« embryon humain », la directive pose des règles sur l'utilisation d'embryons humains à des fins scientifiques, en énonçant que « [l]es inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs sont exclues de la brevetabilité, l'exploitation ne pouvant être considérée comme telle du seul fait qu'elle est interdite par une disposition légale ou réglementaire ». Plus spécifiquement, les procédés de clonage des êtres humains, les procédés

18. *Le Commentary of the Charter*, établi par le réseau d'experts indépendants de l'Union européenne en matière de droits fondamentaux, explique que l'article 3 (paragraphe 2) a été rédigé dans le but de limiter certaines pratiques en matière de médecine et de biologie. Il indique par ailleurs que les quatre principes qui s'y trouvent consacrés ne sont pas exhaustifs et doivent être lus dans le sens des dispositions de la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (Convention d'Oviedo).

de modification de l'identité génétique germinale de l'être humain et les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales, entre autres, ne sont pas brevetables. Ainsi, l'Union européenne considère expressément l'utilisation d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales comme contraire à l'exigence minimale établie par le respect de l'*ordre public* ou de la moralité<sup>19</sup>.

18. En octobre 2011, dans l'affaire *Oliver Brüstle c. Greenpeace eV* (C-34/10), la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a fourni davantage de précisions sur l'utilisation d'embryons humains à des fins scientifiques. Concernant l'interprétation du terme « embryon humain », la Cour de Luxembourg a admis que celui-ci recouvrait une notion vaste qui « [devait] être comprise largement ». Sur ce fondement, la grande chambre de la CJUE a conclu que ce terme visait tout ovule humain dès le stade de sa fécondation, ce moment étant crucial pour le début du développement de l'être humain. Devaient également se voir reconnaître cette qualification l'ovule humain non fécondé, dans lequel le noyau d'une cellule humaine mature avait été implanté, et l'ovule humain non fécondé induit à se diviser et à se développer par voie de parthénogenèse. La grande chambre a dit que l'utilisation d'embryons à des fins de recherche scientifique n'était pas brevetable. Elle a toutefois reconnu la brevetabilité de l'utilisation d'embryons à des fins thérapeutiques ou diagnostiques lorsque cela s'appliquait à l'embryon humain et lui était utile. Enfin, la CJUE a établi que la brevetabilité était également exclue lorsque la mise en œuvre d'une invention requérait la destruction préalable de l'embryon humain ou son utilisation comme matériau de départ, quel que fût le stade auquel celles-ci intervenaient et même si la description de l'enseignement technique revendiqué ne mentionnait pas l'utilisation d'embryons humains. L'embryon jouissant de la dignité humaine dès le moment de la fécondation, il n'est pas possible, selon la CJUE, de distinguer à partir de la fécondation différentes phases de développement qui justifieraient une protection inférieure de l'embryon pendant une certaine période. Étant une « notion autonome du droit de l'Union », l'embryon humain bénéficie d'une protection juridique obligatoire fondée sur le respect de sa dignité humaine intrinsèque, ce qui écarte la possibilité pour les États membres de l'Union européenne de priver l'embryon humain de sa protection ou de lui accorder un niveau de protection inférieur à celui qui est affirmé dans la limpide décision des juges de la Cour de Luxembourg.

---

19. Voir aussi les règles de l'Union européenne sur le financement en matière de recherche et de développement technologique, évoquées aux paragraphes 62-64 de l'arrêt. Il est d'usage d'exclure les projets qui prévoient des activités de recherche impliquant la destruction d'embryons humains, notamment pour l'obtention de cellules souches.

19. Le Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies (GEE) auprès de la Commission européenne a formulé son premier avis sur l'utilisation des cellules embryonnaires à des fins de recherche dans un rapport de 1998 intitulé « Les aspects éthiques de la recherche impliquant l'utilisation d'embryons humains »<sup>20</sup>. Le GEE a relevé qu'en dépit de divergences fondamentales, les valeurs et principes communs sur la question sont le respect de la vie humaine, la nécessité d'alléger la souffrance humaine, la nécessité de garantir la qualité et la sécurité des traitements médicaux, la liberté de la recherche et l'exigence du consentement informé des femmes ou des couples concernés. S'agissant de la FIV, l'avis reconnaît qu'elle implique généralement la création d'embryons surnuméraires et que, si la cryopréservation est impossible, les deux seules options possibles sont la recherche (impliquant leur destruction) et la destruction. Ainsi, le Groupe a conclu qu'il ne fallait « pas exclure, *a priori*, des financements communautaires, les recherches sur l'embryon humain [faisant] l'objet de choix éthiques divergents selon les pays, mais [qu'il fallait] n'en admettre néanmoins le financement éventuel que sous les strictes conditions définies aux paragraphes suivants ».

20. En 2000, le GEE a rendu un second avis en complément du précédent, dans un rapport intitulé « Les aspects éthiques de la recherche sur les cellules souches humaines et leur utilisation »<sup>21</sup>. Celui-ci indique que, dans le contexte du pluralisme européen, il appartient à chaque État membre d'interdire ou d'autoriser les recherches sur l'embryon. Dans ce dernier cas, le respect de la dignité humaine implique que l'on réglemente les recherches sur l'embryon et que l'on prévoie des garanties contre les risques d'expérimentation arbitraire et d'instrumentalisation de l'embryon humain. Est éthiquement inacceptable la création d'embryons à partir de dons de gamètes afin de se procurer des cellules souches, étant donné que les embryons surnuméraires représentent une source alternative disponible. Les perspectives thérapeutiques éloignées doivent être mises en balance avec d'autres considérations liées au risque que l'utilisation des embryons soit banalisée, que des pressions soient exercées sur les femmes en tant que sources d'ovocytes et que les possibilités d'instrumentalisation de la femme s'accroissent. Le consentement libre et éclairé est nécessaire, et ce également de la part du receveur. Il faut informer le donneur de l'utilisation possible des cellules embryonnaires pour la finalité considérée avant de lui demander

20. Avis n° 12 du GEE, Les aspects éthiques de la recherche impliquant l'utilisation d'embryons humains dans le contexte du cinquième programme-cadre de recherche, 23 novembre 1998. Le GEE est un organe indépendant qui conseille la Commission européenne sur les questions éthiques dans la science et les nouvelles technologies, dans le contexte de la législation et de la politique.

21. Avis n° 15 du GEE, Les aspects éthiques de la recherche sur les cellules souches humaines et leur utilisation, 14 novembre 2000.

son consentement. Les possibilités de pressions coercitives ne doivent pas être sous-estimées lorsque des intérêts financiers sont en jeu. Les embryons ne peuvent être ni achetés ni vendus, ni même proposés à la vente. Des mesures doivent être prises pour empêcher une telle commercialisation.

21. En 2002, le GEE a rendu un avis sur la brevetabilité des cellules souches embryonnaires humaines<sup>22</sup>. Concernant l'applicabilité des brevets, le GEE a conclu que des cellules souches isolées, qui n'ont pas été modifiées, ne répondent pas, en tant que produits, aux exigences juridiques de la brevetabilité, notamment en ce qui concerne les critères d'applicabilité industrielle. De même, des lignées de cellules souches non modifiées peuvent difficilement être considérées comme un produit brevetable. Des brevets sur de telles lignées de cellules souches non modifiées auraient un champ d'application trop étendu. Seules les lignées de cellules souches qui ont été modifiées par des traitements *in vitro* ou génétiquement pour acquérir les caractéristiques nécessaires en vue d'applications industrielles précises remplissent les conditions juridiques de la brevetabilité. Enfin, il n'y a pas d'obstacle éthique particulier concernant les méthodes impliquant des cellules souches humaines, quelle que soit leur source, à condition que ces méthodes répondent aux trois critères de brevetabilité.

22. En 2007, le GEE a formulé des recommandations sur la révision éthique du financement de projets de recherche concernant les cellules souches embryonnaires, en reconnaissant la nécessité de promouvoir la recherche, de servir l'intérêt général, de favoriser la coopération internationale, de respecter l'autonomie de l'État membre et d'intégrer l'éthique dans les initiatives en matière de recherche<sup>23</sup>. Le rapport indique que les lignées de cellules souches embryonnaires doivent provenir d'embryons issus d'une FIV et non implantés, et que si des solutions autres que ces types de cellules souches sont trouvées, alors leur utilisation doit être optimisée. En outre, le rapport souligne que les droits des donneurs doivent être protégés et préservés en ce qui concerne la santé, le consentement éclairé, la protection des données et la gratuité du don. Le GEE a conclu que l'utilisation d'embryons humains pour générer des cellules souches devait « être réduite autant que possible au sein de l'Union européenne ».

*ii. Les normes du Conseil de l'Europe*

23. Le Conseil de l'Europe a d'abord traité la question de l'utilisation des embryons humains à des fins scientifiques dans la Recommandation 1046

22. Avis du GEE n° 16, Les aspects éthiques de la brevetabilité des inventions impliquant des cellules souches humaines, 7 mai 2002.

23. Avis du GEE n° 22, *Recommendations on the ethical review of hESC FP7 research projects*, 20 juin 2007.

(1986) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) relative à l'utilisation d'embryons et fœtus humains à des fins diagnostiques, thérapeutiques, scientifiques, industrielles et commerciales. L'Assemblée a considéré que l'embryon et le fœtus humains doivent bénéficier en toutes circonstances du respect dû à la dignité humaine, et que l'utilisation de leurs produits et tissus doit être limitée de manière stricte et réglementée en vue de fins purement thérapeutiques et ne pouvant être atteintes par d'autres moyens. En conséquence, elle a invité les gouvernements des États membres à limiter l'utilisation industrielle des embryons et de fœtus humains, ainsi que de leurs produits et tissus, à des fins strictement thérapeutiques et ne pouvant être atteintes par d'autres moyens, à interdire toute création d'embryons humains par fécondation *in vitro* à des fins de recherche de leur vivant ou après leur mort et à interdire tout ce qu'on pourrait définir comme des manipulations ou déviations non désirables de ces techniques, entre autres la recherche sur des embryons humains viables et l'expérimentation sur des embryons vivants, viables ou non<sup>24</sup>.

La Recommandation 1100 (1989) de l'APCE sur l'utilisation des embryons et fœtus humains dans la recherche scientifique souligne que l'embryon humain, bien qu'il se développe en phases successives, « maintient néanmoins en continuité son identité biologique et génétique ». Ainsi, elle prône l'interdiction de la création et/ou du maintien en vie intentionnels d'embryons ou fœtus, *in vitro* ou *in utero*, dans un but de recherche scientifique, par exemple pour en prélever du matériel génétique, des cellules, des tissus ou des organes.

La Résolution 1352 (2003) de l'APCE relative à la recherche sur les cellules souches humaines souligne que « [l]a destruction d'êtres humains à des fins de recherche est contraire au droit de tout être humain à la vie et à l'interdiction morale de toute instrumentalisation de l'être humain », et en conséquence invite les États membres à favoriser la recherche sur les cellules souches à condition qu'elle respecte la vie des êtres humains à tous les stades de leur développement<sup>25</sup>.

24. L'article 18 de la Convention d'Oviedo énonce :

« 1. Lorsque la recherche sur les embryons *in vitro* est admise par la loi, celle-ci assure une protection adéquate de l'embryon.

2. La constitution d'embryons humains aux fins de recherche est interdite.<sup>26</sup> »

24. Le point de départ de l'Assemblée était que « dès la fécondation de l'ovule, la vie humaine se développe de manière continue, si bien que l'on ne peut faire de distinction au cours des premières phases (embryonnaires) de son développement ». Dans sa Recommandation 874 (1979) sur une Charte européenne des droits de l'enfant, l'Assemblée avait déjà affirmé « [l]es droits de chaque enfant à la vie dès le moment de sa conception ».

25. Voir aussi la Résolution 1934 (2013) sur l'éthique dans la science et la technologie.

26. La Convention d'Oviedo (STE n° 164) a été adoptée le 4 avril 1997 à Oviedo, en Espagne, et est

Cette disposition affirme l'application du principe de subsidiarité en établissant que le paramètre juridique essentiel à prendre en compte est le droit interne de l'État membre concerné. Le paragraphe 1 dispose cependant qu'un statut juridique obligatoire doit être garanti à l'embryon, lequel doit bénéficier d'une « protection adéquate ». Ainsi, l'utilisation d'embryons à des fins scientifiques ne doit pas s'apprécier de manière casuistique mais doit faire l'objet d'une évaluation fondée sur le principe du caractère « adéquat » de la protection offerte à l'embryon, selon le paramètre juridique européen. Les rédacteurs de la Convention d'Oviedo ont donné une indication claire en ce sens, au paragraphe 2 de l'article 18, qui prohibe expressément la constitution d'embryons humains dans le but de les utiliser aux fins de la recherche, et à l'article 14, qui interdit la sélection du sexe<sup>27</sup>. De plus, cette évaluation fondée sur des principes est garantie par la Déclaration des Nations unies sur le clonage des êtres humains, qui invite les États membres à adopter toutes les mesures voulues pour protéger « comme il convient » (« *adequately* ») la vie humaine dans l'application des sciences de la vie.

Complément de la Convention européenne des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine et de la science génétique, la Convention d'Oviedo vise à définir des normes européennes en la matière<sup>28</sup>. Deux conséquences en découlent. Premièrement, la Cour européenne des droits de l'homme (la Cour) est l'ultime interprète et garant des droits, libertés et obligations énoncés dans la Convention d'Oviedo (article 29 de celle-ci), et donc du caractère « adéquat » de la protection offerte à l'embryon, en particulier à l'égard des techniques de génie génétique contraires à la dignité humaine. Le problème susmentionné, à savoir que la distinction entre les techniques « thérapeutiques » et les techniques visant à l'« amélioration des caractéristiques normales » n'est pas toujours claire, ne fait qu'accroître la nécessité d'une surveillance attentive de la Cour.

Deuxièmement, le fait que la Convention d'Oviedo et ses Protocoles aient été ratifiés par un grand nombre d'États est un élément solide permettant de considérer qu'un consensus européen tend à se former autour des dispositions de cette convention et de ses protocoles. Ce consensus est renforcé par les résolutions et recommandations susmentionnées de l'APCE, la

---

entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 1999. À ce jour, elle a été ratifiée par vingt-neuf États. Le Protocole additionnel portant interdiction du clonage d'êtres humains (STE n° 168) a été adopté le 12 janvier 1998 et est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2001. Le Protocole additionnel relatif à la recherche biomédicale (STE n° 195), adopté le 25 janvier 2005 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2007, couvre tout l'éventail des activités de recherche en matière de santé impliquant des interventions sur les êtres humains, y compris sur les fœtus et les embryons *in vivo*.

27. Soulignons que l'article 14 est l'une des dispositions absolues de la Convention d'Oviedo, comme il ressort de l'article 26 § 2.

28. Paragraphes 8-20 et 165 du rapport explicatif de la Convention d'Oviedo.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que le cadre législatif et jurisprudentiel complémentaire de l'Union européenne, à savoir la Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 et l'important arrêt *Oliver Brüstle*, précité, qui tous reflètent la tendance du droit international à reconnaître à travers le monde une protection juridique à l'embryon humain. À la lumière de tous ces instruments, si une marge d'appréciation doit être accordée aux États membres du Conseil de l'Europe sur des questions liées à l'existence et à l'identité d'un être humain, et particulièrement à la recherche scientifique sur l'embryon humain, cette marge doit être étroite<sup>29</sup>.

Inspiré par une clause similaire contenue à l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 27 de la Convention d'Oviedo prévoit la possibilité pour le droit interne d'accorder une protection plus étendue à la vie humaine. Il ne faut toutefois pas interpréter cela comme octroyant une « ample » marge d'appréciation. Il ne faut pas confondre les deux questions, comme la majorité semble le faire au paragraphe 181 de l'arrêt. C'est une chose de permettre au législateur national de protéger plus largement la vie humaine, les êtres, les fœtus et les embryons humains, comme le prévoit l'article 27 de la Convention d'Oviedo<sup>30</sup>; c'en est une bien différente d'accepter en la matière une « ample » marge d'appréciation, qui pourrait en fin de compte être invoquée, ou plutôt détournée, aux fins de l'adoption d'une loi réduisant la protection des êtres, fœtus et embryons humains<sup>31</sup>.

29. En cela, je souscris sans réserve à la conclusion de la Grande Chambre selon laquelle la Convention d'Oviedo témoigne d'un rétrécissement de la marge d'appréciation laissée aux États membres du Conseil de l'Europe (paragraphe 182 de l'arrêt). Dans *Evans c. Royaume-Uni* ([GC], n° 6339/05, CEDH 2007-I), affaire qui portait également sur le sort d'embryons humains congelés, les parties et la Cour s'étaient accordées à dire que l'article 8 était applicable et que l'affaire concernait le droit de la requérante au respect de sa vie privée. Dans leur convaincante opinion dissidente commune, les juges Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann et Ziemele avaient déclaré: « [u]ne affaire aussi sensible que celle-ci ne peut être tranchée sur une base simpliste et mécanique consistant à dire qu'il n'y a aucun consensus en Europe et que, dès lors, l'État défendeur bénéficie d'une ample marge d'appréciation, qui s'étend aux règles adoptées (...) La marge d'appréciation ne doit (...) pas empêcher la Cour d'exercer son contrôle, en particulier relativement à la question de savoir si un juste équilibre a été ménagé entre tous les intérêts conflictuels en jeu au niveau interne. La Cour ne devrait pas utiliser le principe de la marge d'appréciation comme un simple substitut pragmatique à une approche réfléchie du problème de la portée adéquate de son contrôle. » Un commentaire identique pourrait s'appliquer à l'affaire *Parrillo*.

30. Paragraphes 161 et 162 du rapport explicatif de la Convention d'Oviedo. En cas de conflit entre la liberté de la recherche et la protection à offrir aux embryons, les États parties peuvent aller au-delà de l'obligatoire protection « adéquate » qui est due à ceux-ci et adopter des politiques prohibitives.

31. Rappelons que la Recommandation 934 (1982) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à l'ingénierie génétique avait déjà appelé les États à « prévoir la reconnaissance expresse, dans la Convention européenne des droits de l'homme, du droit à un patrimoine génétique n'ayant subi aucune manipulation, sauf en application de certains principes reconnus comme pleinement compatibles avec le respect des droits de l'homme (par exemple dans le domaine des applications thérapeutiques) ».

25. En conséquence, une obligation positive pour l'État de protéger l'embryon et d'autres formes de vie humaine prénatale, tant *in vitro* qu'*in utero*, doit être tirée à la fois de l'article 2 et de l'article 8 de la Convention. Cette obligation positive inclut, tout d'abord, l'obligation de favoriser le développement naturel des embryons; deuxièmement, l'obligation de promouvoir les recherches scientifiques au bénéfice de l'embryon donné qui en fait l'objet; troisièmement, l'obligation de déterminer dans quels cas exceptionnels les embryons et les lignées souches embryonnaires peuvent être utilisés, et de quelle manière; quatrièmement, l'obligation de sanctionner au pénal toute utilisation d'embryons en dehors du cadre des exceptions légales.

26. D'aucuns plaident qu'il s'agit là d'un domaine en constante évolution, et que la Cour ne devrait donc pas se compromettre en adoptant une position scientifique bien définie, qui pourrait changer à l'avenir. C'est un argument à double tranchant, qui peut servir à limiter l'ingérence de la Cour dans la marge d'appréciation de l'État, mais aussi être avancé pour étendre la surveillance par la Cour de l'ingérence de l'État au niveau de la vie à naître. C'est précisément parce que ce domaine peut évoluer d'une manière très dangereuse pour l'humanité, comme nous l'avons vu par le passé, qu'un contrôle attentif de l'étroite marge d'appréciation des États, et une intervention potentiellement préventive de notre Cour, sont aujourd'hui une nécessité absolue. Autrement, la Cour abandonnerait la plus fondamentale de ses tâches, celle consistant à protéger les êtres humains contre toute forme d'instrumentalisation.

### III. La position des parties

#### A. Le caractère inutile de la restriction légale italienne

27. La requérante considère que faire don de « ses » cinq embryons cryo-conservés et non destinés à être implantés relève de sa « vie privée » au sens de l'article 8 de la Convention et répond à un intérêt général, dès lors que cet acte permettrait de fournir aux chercheurs des cellules souches qui sont fort nécessaires pour la recherche sur les maladies incurables<sup>32</sup>. Sur la base

---

En fait, la Convention n'est pas indifférente à la création et à l'instrumentalisation des embryons aux fins de l'expérimentation scientifique, à la création d'hybrides ou au clonage d'êtres humains. Ce sont des questions essentielles relevant de la protection de ce que l'on peut sur le plan ontologique définir comme une forme de vie humaine, questions qui entrent assurément dans le champ d'application de la Convention. Je ne vois pas comment on peut, au regard de la Convention, accepter une ample marge d'appréciation si une partie contractante veut, par exemple, mettre en œuvre une politique prénatale eugénique ou raciste.

32. En fait, la requérante a une position contradictoire, car elle affirme également avoir un droit de propriété sur ses embryons. Il n'est pas acceptable d'invoquer à la fois un droit de propriété et un droit au respect de la vie privée à l'égard d'embryons humains « possédés ». Sauf si cela implique que le fait

de l'interprétation susmentionnée de l'article 8 de la Convention, combiné avec l'article 18 de la Convention d'Oviedo, on peut admettre l'argument du Gouvernement selon lequel l'article 13 de la loi n° 40 du 19 février 2004 poursuit le but légitime consistant à protéger la potentialité de vie dont l'embryon est porteur. À cet égard, la recherche scientifique sur l'embryon humain autorisée à des fins thérapeutiques et diagnostiques dans le but de protéger la santé et le développement de l'embryon en question lorsqu'aucune autre méthode n'existe est une dérogation acceptable à l'interdiction de la recherche scientifique sur les embryons humains.

28. À l'argument de la requérante selon lequel la mort des cinq embryons cryoconservés est inévitable au regard du cadre juridique italien actuel dès lors que l'implantation d'embryons *post mortem* est prohibée, tout comme l'acte d'en faire don pour la recherche scientifique, le Gouvernement répond à juste titre que la cryoconservation n'est pas limitée dans le temps. Les embryons congelés peuvent être conservés pendant une période indéfinie. En outre, l'utilisation d'embryons cryoconservés à des fins autres que la destruction, comme la fécondation hétérologue, est désormais permise par l'ordre juridique italien, eu égard à l'arrêt n° 162 de 2014 de la Cour constitutionnelle italienne.

### **B. Le caractère contradictoire du cadre juridique italien applicable**

29. À l'argument de la requérante consistant à déclarer incohérent le cadre juridique italien, lequel permet l'importation et l'utilisation de lignées de cellules souches issues d'embryons humains précédemment détruits, le Gouvernement répond de manière convaincante que la production de lignées de cellules embryonnaires à l'étranger n'est pas effectuée à la demande des laboratoires italiens et n'est pas incompatible avec l'interdiction qui en Italie frappe la destruction de ces lignées de cellules. Enfin, dans les cas d'avortement, l'intérêt de la mère doit être mis en balance avec celui du fœtus au regard du droit italien, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce.

### **C. Le consensus européen non prohibitif**

30. À l'argument de la requérante relatif à l'existence d'un consensus européen, le Gouvernement oppose son ample marge d'appréciation, refusant l'existence d'un tel consensus en arguant que la Convention d'Oviedo n'exige pas des recherches scientifiques destructrices sur les embryons, que le programme de financement de l'Union européenne pour la recherche scientifique ne prévoit pas le financement de projets impliquant la

---

d'utiliser des êtres humains – en l'espèce des embryons humains – et d'en disposer est une manière de maintenir une relation avec eux.

destruction d'embryons et que l'arrêt Oliver Brüstle, précité, a interdit la brevetabilité des inventions impliquant la destruction d'embryons humains. Comme indiqué ci-dessus, les instruments internationaux invoqués par le Gouvernement étayaient l'argument relatif à une étroite marge d'appréciation, aux fins précisément de la protection de l'embryon.

#### IV. La position de la majorité

31. Le raisonnement de la majorité est à la fois contradictoire sur le plan de la logique et irrecevable sur le plan scientifique. Il est illogique parce que la majorité admet, d'un côté, que l'embryon est « autrui » au sens de l'article 8 § 2 de la Convention, dès lors que la protection de la potentialité de vie dont il est porteur peut être rattachée au but consistant à protéger les « droits et libertés d'autrui » (paragraphe 167 de l'arrêt)<sup>33</sup>. De l'autre côté, toutefois, la même majorité déclare que cette reconnaissance n'implique aucune appréciation par la Cour du point de savoir si le terme « autrui » s'étend à l'embryon humain. L'évidente contradiction entre ces deux déclarations est si flagrante qu'elle en est insoluble. La seule lecture possible de cette contradiction consiste à dire que la majorité était si partagée qu'elle n'a pu déterminer si la déclaration de principe contenue au paragraphe 59 de l'arrêt *Costa et Pavan c. Italie* devait prévaloir sur la déclaration de principe en sens opposé figurant au paragraphe 228 de l'arrêt *A, B et C c. Irlande* ([GC], n° 25579/05, CEDH 2010). Avec un peu d'effort interprétatif, on pourrait arguer que l'ordre des déclarations indique une certaine prédominance de la première sur la seconde.

33. Ce n'est pas une nouvelle déclaration de principe de la Cour, comme le montre le paragraphe 59 de l'arrêt *Costa et Pavan* (n° 54270/10, 28 août 2012). Compte tenu des circonstances fort exceptionnelles de l'espèce sur le plan humain, j'ai voté dans le sens des conclusions contenues dans *Costa et Pavan* et je souscris naturellement au principe énoncé au paragraphe 59 de cet arrêt. Toutefois, je dois également préciser aujourd'hui que la deuxième section n'avait pas l'intention de créer un droit nouveau découlant de la Convention de devenir parent d'un enfant en bonne santé, donc un « droit » négatif et illimité à l'« autodétermination » consistant à disposer d'embryons non implantés. Pareil droit n'a été établi ni explicitement ni implicitement par l'arrêt en question. C'est le principe de nécessité qui a été déterminant dans l'arrêt, dans la mesure où le critère de la mesure moins intrusive envisage une atteinte minimale aux intérêts concurrents en posant la question de savoir s'il existe un moyen aussi efficace mais moins intrusif de répondre au même besoin social. La Cour a ainsi reconnu la pertinence du principe de précaution dans l'appréciation des interventions en milieu médical, qui vise à éviter à tous les stades de la vie humaine les interventions lourdes au profit de celles qui le sont moins (sur le principe de précaution dans l'ordre juridique italien, voir l'avis du *Comitato Nazionale per la Bioetica* (Comité national italien pour la bioéthique) intitulé « Principe de précaution : aspects bioéthiques, philosophiques et juridiques », du 8 juin 2004). Bien que le paragraphe 65 de l'arrêt *Costa et Pavan* emploie le terme « droit », cette fâcheuse maladresse de plume ne doit pas être prise littéralement, car le même arrêt parle également, au paragraphe 57, du « désir » des parents d'avoir un enfant en bonne santé. Les circonstances propres à l'affaire *Costa et Pavan* ne sont en rien semblables à la présente espèce, et ne peuvent assurément pas être utilisées pour justifier un « droit négatif » et illimité de décider du sort d'embryons non implantés.

Dans ce contexte, il est tout à fait notable que la Grande Chambre ne cite ni le paragraphe 56 de l'arrêt *Evans*, précité, dans lequel elle a dit que « les embryons créés par la requérante et J. ne [pouvaient] se prévaloir du droit à la vie protégé par l'article 2 de la Convention », ni l'arrêt de chambre dans la même affaire (*Evans c. Royaume-Uni*, n° 6339/05, § 46, 7 mars 2006), ni même la classique déclaration de principe qui figure dans *Vo c. France* ([GC], n° 53924/00, § 82, CEDH 2004-VIII). Cette omission mérite d'être signalée. Non seulement elle traduit le malaise de la Grande Chambre face au principe « anti-vie » de l'arrêt *Evans*, mais de plus elle consolide le principe opposé, énoncé au paragraphe 59 de l'arrêt *Costa et Pavan*, précité, selon lequel l'embryon est un « autrui », un sujet doté d'un statut juridique qui peut et doit être mis en balance avec le statut juridique des géniteurs, principe qui cadre parfaitement avec la position de la Cour constitutionnelle italienne sur le droit à la vie de l'embryon protégé par l'article 2 de la Constitution nationale<sup>34</sup>.

32. Pour la même raison, je ne peux pas davantage admettre que le droit à l'autodétermination s'agissant de fonder une famille, évoqué par la Cour constitutionnelle italienne dans l'arrêt n° 162 de 2014, soit interprété comme incluant un « droit négatif » à disposer des embryons non implantés. Le raisonnement figurant au paragraphe 157 du présent arrêt repose donc sur un rhétorique « sophisme du milieu non distribué » (*fallacy of the undistributed middle*), qui permet à la majorité de partir du principe que, parce qu'elles partagent une propriété commune, deux catégories distinctes sont liées. Autrement dit, en interprétant l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 10 juin 2014, la majorité postule que, puisque le droit de devenir parent est un aspect de la vie privée d'un individu, de même que le droit de bénéficier d'une fécondation *in vitro*, ces deux droits ne sont soumis à aucune

34. Voir le raisonnement clair qui est tenu dans l'arrêt n° 27 du 18 février 1975 (*Ritiene la Corte che la tutela del concepito – che già viene in rilievo nel diritto civile (artt. 320, 339, 687 c.c.) – abbia fondamento costituzionale. L'art. 31, secondo comma, della Costituzione impone espressamente la « protezione della maternità » e, più in generale, l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito*) et dans l'arrêt n° 35 du 30 janvier 1997 (*il diritto alla vita, inteso nella sua estensione più lata, sia da iscriversi tra i diritti inviolabili, e cioè tra quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione, per dir così, privilegiata, in quanto appartengono – per usare l'espressione della sentenza n. 1146 del 1988 – « all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana »*). Voir aussi les avis du Comitato Nazionale per la Bioetica (Comité national italien pour la bioéthique) des 22 juin 1996 (identité et statut de l'embryon humain), 27 octobre 2000 (utilisation thérapeutique de cellules souches), 11 avril 2003 (recherches utilisant des embryons et des cellules souches humains), 16 juillet 2004 (utilisation à des fins de recherche de lignées de cellules H1 et H9 issues d'embryons humains), 15 juillet 2005 (considérations bioéthiques concernant l'« ootide »), 18 novembre 2005 (adoption pour la naissance d'embryons cryoconservés issus de la procréation médicalement assistée (PMA)), 26 octobre 2007 (le sort d'embryons issus de la PMA et ne répondant pas aux conditions de l'implantation) et 26 juin 2009 (chimères et hybrides, avec une attention particulière pour les hybrides cytoplasmiques).

restriction dans la mesure où il s'agit de droits à l'« autodétermination » ; elle oublie cependant que dans le second cas l'exercice par les géniteurs de leur droit à l'« autodétermination » peut empiéter sur l'existence d'une autre vie humaine, celle de l'embryon non implanté. Comme l'a dit la Cour constitutionnelle italienne elle-même dans l'arrêt susvisé, « *[l]a libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia nel senso sopra precisato, di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti* » (la liberté et le caractère volontaire de l'acte permettant à un individu de devenir parent et de fonder une famille dans le sens défini ci-dessus ne signifie assurément pas que la liberté en question puisse passer pour illimitée). En bref, le raisonnement tenu par la Cour constitutionnelle dans l'arrêt n° 162 de 2014 n'accrédite pas l'existence d'un droit illimité à l'« autodétermination » ou à la « liberté de choix des parties à un traitement par fécondation *in vitro* en ce qui concerne le sort des embryons non destinés à l'implantation ». Il est erroné d'interpréter le raisonnement de la Cour constitutionnelle en faveur de l'« adoption pour la naissance » – c'est-à-dire de la vie de l'embryon – comme autorisant les parties à un traitement par FIV à détruire les embryons qui en sont issus.

33. Le raisonnement de la majorité est également irrecevable sur le plan scientifique, car il admet que « les embryons (...) renferment le patrimoine génétique de la personne en question et représentent à ce titre une partie constitutive de celle-ci et de son identité biologique » (paragraphe 158 de l'arrêt). De toute évidence, la majorité néglige le fait que l'embryon a une identité biologique distincte de celle de la personne ayant bénéficié de la FIV, même s'il contient le patrimoine génétique de cette personne. La déclaration figurant au paragraphe 158 de l'arrêt est inacceptable, sur le plan ontologique comme sur le plan biologique. La majorité a oublié que la dignité humaine impose de respecter « le caractère unique de chacun et la diversité » des êtres humains, comme le dit la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme. Autrement dit, tout être humain est bien plus qu'une combinaison unique d'informations génétiques transmises par ses géniteurs.

34. Le manque de clarté du raisonnement de la majorité transparaît également dans la définition de la théorie sur la marge d'appréciation applicable. Au paragraphe 169 de l'arrêt, la majorité reconnaît que la marge laissée à l'État est « restreinte » pour les questions relatives à « l'existence ou [à] l'identité d'un individu », mais elle admet aussi que « lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates », la marge d'appréciation est plus large. Là encore, cela n'a aucun sens à mes yeux. Les questions touchant à l'existence ou à l'identité d'un individu, en l'occurrence au commencement et à la fin de la vie humaine, sont en soi lourdement influencées par des

considérations éthiques et morales. J'irai même jusqu'à dire que la plupart des droits fondamentaux garantis par la Convention et ses Protocoles sont indissociablement liés à des questions éthiques et morales débattues depuis de longues années. Ainsi, le caractère intrinsèquement moral ou éthique d'une question juridique soumise au contrôle de la Cour ne doit pas être un facteur qui restreint la compétence de celle-ci ou qui détermine la marge d'appréciation à laisser à l'État. L'argument relatif au caractère délicat, sur le plan éthique ou moral, de la question en jeu est donc dénué de pertinence lorsqu'il s'agit d'établir l'ampleur de la marge d'appréciation<sup>35</sup>.

35. À cela, la majorité ajoute, au paragraphe 174 de l'arrêt, que la relation entre la requérante et « ses » embryons « ne porte pas sur un aspect particulièrement important de l'existence et de l'identité de l'intéressée ». Là encore, la majorité se contredit. Alors que plus haut, au paragraphe 158, elle a déclaré que les embryons représentaient une « partie constitutive » du patrimoine génétique de la requérante et de son identité biologique, au paragraphe 174 elle dit le contraire et conclut que la protection d'une « partie constitutive » de l'identité biologique de l'intéressée ne fait pas partie du noyau dur des droits garantis par l'article 8. Cela dépasse mon entendement que la majorité puisse, selon sa propre logique, soutenir que le noyau dur des droits garantis par l'article 8 n'englobe pas la protection d'une « partie constitutive » de l'identité de la requérante.

36. Ayant admis que la marge d'appréciation n'est pas illimitée, la majorité promet une analyse des « arguments dont le législateur a tenu compte pour parvenir aux solutions qu'il a retenues » (paragraphe 183 de l'arrêt). Hélas, aucune analyse de ce type n'a été faite. Dans les paragraphes qui suivent, la majorité évoque simplement – et superficiellement – le processus national au terme duquel la loi litigieuse a été approuvée, mentionnant le « débat qui avait tenu compte des différentes opinions et des questions scientifiques et éthiques existant en la matière » (paragraphe 184 de l'arrêt), un rapport parlementaire sur les différentes contributions de « médecins, spécialistes et associations engagées dans le domaine de la procréation médicalement assistée » (paragraphe 185 de l'arrêt), certaines critiques formulées lors des débats du 19 janvier 2004 (paragraphe 186 de l'arrêt), ainsi que plusieurs référendums dont la loi a fait l'objet (paragraphe 187 de l'arrêt). La conclusion selon laquelle « lors du processus d'élaboration de la loi litigieuse, le législateur avait déjà tenu compte des différents intérêts ici en cause »

35. Je ne puis dès lors souscrire au raisonnement tenu aux paragraphes 176 et 180 de l'arrêt, dans lesquels la Cour, tout en évoquant les arrêts *Evans*, précité, *S.H. et autres c. Autriche* ([GC], n° 57813/00, CEDH 2011) et *Knecht c. Roumanie* (n° 10048/10, 2 octobre 2012), conclut que les « questions d'ordre éthique et moral que la notion de commencement de la vie humaine comporte » appellent une « ample marge de discrétion ».

(paragraphe 188 de l'arrêt) est déconcertante. Elle n'ajoute rien à l'appréciation au fond de la question.

37. Après avoir consacré neuf paragraphes à l'ampleur de la marge d'appréciation (paragraphes 174-182 de l'arrêt) et six paragraphes au processus national d'approbation de la loi (paragraphes 183-188 de l'arrêt), l'arrêt se penche enfin, aux paragraphes 189 à 195, sur le cœur des arguments de la requérante, à savoir les contradictions alléguées de l'ordre juridique italien. Ici, la majorité s'aligne clairement sur la position du Gouvernement. Si elles n'entrent guère dans les détails, les importantes déclarations contenues aux paragraphes 193 et 194 de l'arrêt n'en signalent pas moins clairement aux Parties contractantes que la Cour ne s'oppose pas à la politique d'importation et d'utilisation de lignées de cellules souches issues d'embryons humains qui ont été détruits hors de l'espace juridique européen, tant qu'elles ne sont pas produites à la demande des Parties contractantes.

## V. L'application des normes de la Cour

38. L'insuffisance du raisonnement de la majorité n'enlève rien à l'essentiel. Malgré les hésitations et contradictions que comporte son raisonnement, la majorité rappelle le principe issu de l'affaire *Costa et Pavan*, précitée, selon lequel les embryons sont « autrui » aux fins de la Convention et, à la lumière de ce principe, admet que leur protection justifie l'interdiction de la recherche sur l'embryon humain et de la recherche sur les cellules souches embryonnaires, et ce à deux exceptions près :

a) La recherche scientifique sur l'embryon humain peut être autorisée si elle poursuit des finalités thérapeutiques et diagnostiques tendant à la protection de la santé ainsi qu'au développement de l'embryon et s'il n'existe pas d'autres méthodes ;

b) La recherche sur les cellules souches embryonnaires est autorisée à condition d'être effectuée uniquement sur des lignées de cellules souches obtenues à partir d'embryons humains détruits hors de l'espace juridique européen sans intervention des Parties contractantes.

39. Dès lors que l'embryon n'est pas une chose ou un « bien », comme la Cour le dit à juste titre au paragraphe 215 de l'arrêt, c'est un « autrui » avec lequel la personne ayant bénéficié de la FIV a une relation parentale potentielle. Dans la mesure où l'embryon possède une identité biologique unique mais partage le patrimoine génétique de ses géniteurs, le caractère privé de la relation entre ces êtres humains est incontestable. C'est pourquoi l'article 8 entre en jeu<sup>36</sup>.

36. La même conclusion peut être tirée de *S.H. et autres c. Autriche*, précité, § 82.

40. Pour la majorité, la législation italienne n'outrepassa pas l'ample marge d'appréciation dont jouit l'État défendeur (paragraphe 197 de l'arrêt). À mon avis, la première exception ne va pas au-delà des limites étroites de la marge d'appréciation de l'État pour les questions liées à l'existence et à l'identité d'êtres humains. De plus, elle cadre avec le but de la Convention d'Oviedo, qui doit aujourd'hui être considérée comme le complément de la Convention européenne des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine et de la science génétique. Bien qu'il n'ait pas encore ratifié la Convention d'Oviedo, l'État italien s'est conformé à l'objet de cet instrument consistant à protéger la vie humaine, les êtres, fœtus et embryons humains, à la protection par la Convention de l'embryon en tant qu'« autrui », sujet doté d'un statut juridique, à l'interdiction de la discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques énoncée dans la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, et au principe primordial de la Déclaration d'Helsinki selon lequel la recherche médicale sur un groupe vulnérable n'est justifiée que si elle correspond aux besoins ou priorités sanitaires de ce groupe, ce qui – au sens le plus profond – ne peut qu'englober les membres les plus vulnérables de toute l'humanité, à savoir les embryons.

41. La situation est plus délicate en ce qui concerne la seconde exception. Eu égard à l'intention de la Grande Chambre de garantir le « droit » de l'embryon en tant qu'« autrui » dans tout l'espace juridique européen, et aux principes fondamentaux du raisonnement juridique, cette exception doit être interprétée de manière étroite. La seconde exception implique, en toute logique, trois conséquences. Premièrement, une Partie contractante à la Convention ne peut ni utiliser ni autoriser l'utilisation sur son territoire de lignées cellulaires issues d'embryons détruits hors de l'espace juridique européen à l'initiative de cette Partie. Deuxièmement, une Partie contractante ne peut ni utiliser ni autoriser l'utilisation sur son territoire de lignées cellulaires issues d'embryons détruits sur le territoire d'une autre Partie contractante. Troisièmement, une Partie contractante ne peut ni utiliser ni autoriser l'utilisation sur son territoire de lignées cellulaires issues d'embryons détruits hors de l'espace juridique européen à l'initiative d'une autre Partie contractante.

42. Seule cette interprétation étroite de la seconde exception permet de garantir son application dans le contexte de l'article 8 § 2 de la Convention. À défaut, le fait d'utiliser ou d'autoriser l'utilisation sur le territoire d'une Partie contractante de lignées cellulaires issues d'embryons détruits hors de l'espace juridique européen à l'initiative de cette Partie ou de toute autre Partie à la Convention permettrait d'externaliser la violation de la Convention. De surcroît, le fait d'utiliser ou d'autoriser l'utilisation sur le territoire d'une Partie contractante de lignées cellulaires issues d'embryons

détruits sur le territoire d'une autre Partie contractante rendrait la première Partie contractante complice de la violation de la Convention par la seconde. Aucune de ces situations n'est tolérable au regard des règles sur la responsabilité internationale des États, combinées avec les obligations incombant aux Parties contractantes en vertu de la Convention<sup>37</sup>.

## VI. Conclusion

43. La vie humaine à naître n'est en rien différente par essence de la vie postnatale. Les embryons humains doivent en toute circonstance être traités avec tout le respect qui est dû à la dignité humaine. Les applications de la recherche scientifique concernant le génome humain, en particulier dans le domaine de la génétique, ne prévalent pas sur le respect de la dignité humaine. Les progrès de la science ne doivent pas reposer sur le non-respect de la nature humaine ontologique. Le but scientifique consistant à sauver des vies humaines ne justifie pas l'emploi de moyens intrinsèquement destructeurs pour cette vie.

Le commencement et la fin de la vie humaine ne sont pas des questions de politique à laisser à la discrétion des États membres du Conseil de l'Europe. Le caractère « adéquat » de la protection offerte à l'embryon par les Parties contractantes à la Convention est soumis au contrôle attentif de la Cour, car les États n'ont qu'une étroite marge d'appréciation s'agissant des questions fondamentales liées à l'existence et à l'identité de l'être humain. En Europe, la Convention établit une insurmontable limite à la possibilité de faire des expérimentations sur la vie humaine. Ainsi, il est incompatible avec la Convention de produire ou d'utiliser des embryons humains vivants pour la préparation de cellules souches embryonnaires, ou de produire des embryons humains clonés puis de les détruire pour produire des cellules souches embryonnaires. Dans l'espace juridique européen, la recherche scientifique sur les embryons humains et les lignées de cellules souches embryonnaires n'est autorisée que dans les deux cas exceptionnels évoqués ci-dessus.

---

37. L'article 16 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (2001) pourrait ici être invoqué.

## OPINION CONCORDANTE DU JUGE DEDOV

(Traduction)

1. La Cour a conclu à la non-violation de l'article 8 de la Convention. Tout en souscrivant à cette conclusion, je pense que cette affaire aurait pu apporter beaucoup plus à la jurisprudence de la Cour concernant le début de la vie.

2. La Cour a relevé que la présente espèce, contrairement aux affaires précédentes, n'avait pas trait au choix de la requérante de devenir parent, et que cela affaiblissait sa position. Elle s'est livrée à une analyse des intérêts concurrents en jeu, à savoir l'ample marge d'appréciation dont dispose l'État en matière de protection des embryons et le droit de la requérante à l'autodétermination.

3. Le Gouvernement invoque la « potentialité de vie dont l'embryon est porteur » pour démontrer la légitimité de la finalité de l'ingérence. Cet important objectif, qui ne peut se réduire à une question de marge d'appréciation, présuppose que l'embryon conditionne le développement d'un être humain. Le fait que le droit à la vie soit en jeu change complètement l'approche judiciaire, conformément au rôle de la Cour s'agissant d'interpréter la Convention, y compris l'obligation positive de l'État de préserver le début de la vie.

4. Le principe du respect du droit à la vie de l'embryon signifie qu'on ne peut apporter des limites à la décision judiciaire en invoquant la marge d'appréciation. Sinon, la Cour devrait aussi conclure à la non-violation dans la situation opposée, c'est-à-dire dans le cas où un requérant s'opposerait au don de ses embryons à des fins de recherche scientifique, qu'un État peut autoriser ou ne pas interdire.

5. À mon avis, le droit à la vie de l'embryon est un critère clé pour parvenir à la bonne décision. Je suis sûr que si ce critère avait été appliqué, de nombreuses affaires précédentes, telles que les affaires *Evans c. Royaume-Uni* ([GC], n° 6339/05, CEDH 2007-I), *Vo c. France* ([GC], n° 53924/00, CEDH 2004-VIII) et *S.H. et autres c. Autriche* ([GC], n° 57813/00, CEDH 2011), auraient été tranchées en faveur des requérantes, qui souhaitaient en réalité devenir parents et, en conséquence, sauver la vie de l'embryon.

6. De nombreuses sources viennent étayer ce point de vue. Elles ont été présentées à la Cour par les tiers intervenants et les institutions européennes. Ces sources comprennent notamment l'initiative citoyenne européenne « Un de nous » (COM (2014) 355 final (Bruxelles, 28 mai 2014)), l'arrêt rendu le 18 octobre 2011 par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Brüstle c. Greenpeace eV* (C-34/10) et le Règlement

n° 121/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 portant établissement du programme-cadre pour la recherche et l'innovation «Horizon 2020». En particulier, la Recommandation 874 (1979) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la Charte européenne des droits de l'enfant affirme «les droits de chaque enfant à la vie dès le moment de sa conception». Je regrette de ne pouvoir souscrire à la conclusion de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Artavia Murillo et autres (fécondation in vitro) c. Costa Rica* (exceptions préliminaires, fond, réparations et frais et dépens, arrêt du 28 novembre 2012, série C n° 257), selon laquelle la «conception» n'intervient qu'après l'implantation de l'embryon dans l'utérus. D'un point de vue humain, je préfère la thèse du gouvernement italien selon laquelle, aux fins de préserver la potentialité de l'embryon, il est vital de l'implanter dans l'utérus d'une autre femme souhaitant devenir mère en ayant recours à cette méthode.

7. Il me faut également mentionner la Résolution 1352 (2003) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la recherche sur les cellules souches humaines, qui est encore plus explicite: «[L]a destruction d'êtres humains à des fins de recherche est contraire au droit de tout être humain à la vie (...)» (paragraphe 10 de la Résolution). De plus, grâce à l'initiative citoyenne européenne «Un de nous», le droit à la vie de l'embryon a été expressément reconnu par des millions de citoyens européens, et l'initiative a été soutenue par les instances dirigeantes de l'Union européenne. Cependant, la Cour est toujours silencieuse sur ce sujet. Cette ambiguïté, qui perdure d'affaire en affaire, a finalement affecté la requérante et ses représentants légaux, qui ne savaient pas avec certitude quel article de la Convention devait être appliqué en l'espèce, ou quel droit devait être protégé: le droit à la vie privée ou le droit de propriété.

8. Je ne suis pas convaincu que la marge d'appréciation ou l'absence de consensus devrait interdire à la Cour de parvenir à une telle conclusion. Étant donné que le droit à la vie est absolu, et constitue l'un des droits les plus fondamentaux, ni la marge d'appréciation ni la souveraineté ni le consensus ne constituent des éléments pertinents en la matière. La marge d'appréciation n'intervient que s'agissant de déterminer quelles mesures sont nécessaires pour protéger une valeur fondamentale (par exemple les dépenses publiques ou un délai pour la cryoconservation d'embryons). La vie de l'embryon ne saurait être sacrifiée aux fins de la concurrence entre États en matière de biomédecine.

9. Le droit à la vie est absolu, et ce précepte fondamental fait qu'il est inutile d'expliquer pourquoi un meurtrier, un handicapé, un enfant abandonné ou un embryon doivent être gardés en vie. Nous n'avons pas besoin d'évaluer leur utilité pour la société, mais nous plaçons de l'espoir en leur

potentialité. Le droit à la vie de l'embryon ne saurait être remis en question par le fait que, jusqu'à son implantation, son potentiel de développement est quelque chose qui peut être maintenu artificiellement, parce que toute technologie de la sorte est un développement naturel créé par les êtres humains.

10. Même si le droit à la vie est absolu, on pourrait réfléchir aux conséquences de cette approche et j'aimerais exprimer quelques pensées à ce sujet. Premièrement, le droit de la requérante à l'autodétermination ne serait en rien affecté si l'embryon était donné à une autre femme de manière anonyme. Deuxièmement, la recherche se tournerait (et se tourne déjà) vers une autre direction, celle consistant à reprogrammer des cellules adultes en cellules souches ou à recombinaison l'ADN, si nécessaire, en particulier pour cultiver un nouvel organe destiné à une personne malade à partir des propres cellules souches de celle-ci.

11. La décision litigieuse du gouvernement italien de maintenir la vie de l'embryon n'est pas une mesure extraordinaire. Pareille approche est adoptée dans toutes les sociétés qui dépensent déjà des fonds publics en vue de soutenir les personnes handicapées ou autres qui ne peuvent pas prendre soin d'elles-mêmes. De plus, étant donné que les banques de sperme et d'ovules existent, ce ne serait pas un problème de créer une banque d'embryons (gamètes). Finalement, un don – en l'espèce un don automatique que certains peuvent considérer comme une ingérence – est éthiquement acceptable s'il est nécessaire pour sauver la vie d'une personne.

12. La nature absolue du droit à la vie permet de concilier toutes les opinions éthiques, morales, religieuses, scientifiques, sociales ou autres. L'unique question éthique que j'admettrais dans le développement de la biomédecine est la question de la paternité/maternité dans le contexte du don. Comme l'a expliqué le Gouvernement, le seul moyen de maintenir la potentialité de vie de l'embryon est de l'implanter dans l'utérus d'une autre femme (incapable de concevoir) qui souhaite avoir un enfant. En pareil cas, la situation de la requérante en tant que donneuse devrait être reconnue automatiquement. Le statut juridique de donneur permet de résoudre les problèmes éthiques puisque la maternité, en termes de relations familiales, diffère de la simple similarité du matériel génétique. Dans l'affaire *S.H. et autres c. Autriche*, précitée, la Cour a conclu à la non-violation des droits de la requérante par l'État défendeur à raison de l'interdiction du don de matériel reproductif de tierces personnes autres que les parents du futur enfant. Dans la situation opposée, comme en l'espèce, la Cour a de nouveau conclu à la non-violation. Tel est le cas parce que les principes pertinents (le droit à la vie) n'ont pas été appliqués par la Cour, et l'affaire *S.H. et autres c. Autriche* était donc malheureuse. Le présent arrêt rend l'issue de futures affaires touchant à la biomédecine imprévisible.

13. Le rôle de la Cour est de déterminer les valeurs fondamentales et les intérêts prédominants afin d'examiner chaque affaire particulière sur le fond. En conséquence, la Cour ne peut que conclure que le droit à la vie, en tant que l'un des droits et libertés fondamentaux, est en jeu en l'espèce.

14. Étant donné que les nouvelles biotechnologies étendent objectivement notre perception des formes et conditions de l'existence humaine, je ne vois aucun obstacle objectif à la reconnaissance juridique, dès que possible, de cette évolution, dès lors que l'on sait bien que tout retard dans pareille reconnaissance au niveau national et international est potentiellement mortel et arbitraire.

OPINION EN PARTIE CONCORDANTE  
COMMUNE DES JUGES CASADEVALL,  
RAIMONDI, BERRO, NICOLAOU ET DEDOV

1. Nous ne partageons pas entièrement le raisonnement de la Grande Chambre en ce qui concerne le rejet de l'exception de non-épuisement des voies de recours internes soulevée par le gouvernement italien.

2. Nous avons été initialement convaincus par l'analyse du Gouvernement. Celui-ci a observé que, s'il est vrai que la question de constitutionnalité ne peut être soulevée que par le juge et non par les parties – dont le pouvoir se limite à solliciter qu'on fasse usage de cette faculté, et qu'il ne s'agit donc pas d'un recours à épuiser *en principe* au sens de l'article 35 de la Convention, il n'en va pas de même dans le cadre juridique établi par les célèbres arrêts dits « jumeaux » de la Cour constitutionnelle n<sup>os</sup> 348 et 349 du 24 octobre 2007, qui concernent l'hypothèse d'un conflit entre une loi italienne et la Convention telle qu'interprétée par la Cour.

3. Le Gouvernement a souligné, à juste titre selon nous, que si le juge du fond avait constaté l'existence d'un conflit insurmontable entre son interprétation de la loi et les droits invoqués par la partie demanderesse, il aurait eu l'obligation de soulever une question de constitutionnalité. La Cour constitutionnelle aurait alors examiné au fond la compatibilité des faits litigieux avec les droits de l'homme, et elle aurait pu annuler les dispositions nationales avec effet rétroactif et *erga omnes*.

4. En effet, le cadre juridique découlant de ces deux arrêts de 2007 place le juge du fond devant une alternative lorsque se pose la question de la compatibilité de la loi nationale avec la Convention : ou bien il parvient, avec tous les moyens techniques dont il dispose, à lire la loi nationale dans un sens conforme à la Convention telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg, ou bien il *doit* renvoyer la question à la Cour constitutionnelle, laquelle annulera la loi interne à moins qu'elle ne constate l'existence d'un conflit entre la Convention et la Constitution italienne. Il s'agit là d'une alternative au sens strict (*tertium non datur*).

5. Dans ces conditions, la jurisprudence traditionnelle de la Cour évoquée au paragraphe 101 de l'arrêt ne devrait pas s'appliquer en l'espèce. D'après cette jurisprudence, fondée sur l'absence d'accès direct des particuliers à la Cour constitutionnelle italienne due à la règle voulant que seule une juridiction qui connaît du fond d'une affaire ait la faculté de la saisir, à la requête d'un plaideur ou d'office, pareille requête ne saurait s'analyser en un recours dont la Convention exige l'épuisement.

6. Mais lorsqu'un requérant potentiel met en cause la compatibilité d'une loi nationale avec la Convention, nous ne sommes plus dans le cas de figure classique où le juge du fond est seul maître de la décision de saisir ou de ne pas saisir la Cour constitutionnelle. Dans cette hypothèse, qui est celle de l'espèce, la jurisprudence traditionnelle n'est plus pertinente : si le juge du fond est placé par le requérant potentiel dans la situation de devoir apprécier la compatibilité d'une loi nationale avec la Convention, il pourra bien entendu interpréter la loi nationale dans un sens conforme à la Convention. Toutefois, s'il n'y parvient pas, il n'aura pas le choix : il *devra* renvoyer la question – à condition bien sûr qu'elle soit pertinente pour la solution du litige – à la Cour constitutionnelle.

7. Dans cette situation, un requérant potentiel qui n'a pas obtenu du juge du fond une interprétation de la loi nationale conforme à la Convention *à le droit* de voir la Cour constitutionnelle se prononcer sur la question, à une réserve près que nous examinerons ci-dessous et qui s'applique en l'espèce.

8. La seule raison qui nous conduit à nous rallier en définitive à la décision de la majorité concluant au rejet de cette exception dans la présente affaire tient à l'évolution de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne qui s'est fait jour dans un arrêt n° 49 déposé le 26 mars 2015. Dans cet arrêt, la haute juridiction a analysé, entre autres, la place de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour dans l'ordre juridique interne, indiquant à cet égard que le juge du fond n'était tenu de se conformer à la jurisprudence de la Cour que dans le cas où celle-ci était « bien établie » ou énoncée dans un « arrêt pilote ». Or lorsque se pose une question nouvelle, comme c'est indéniablement le cas en l'espèce, la position adoptée par la Cour constitutionnelle exclut que l'on puisse considérer que le requérant potentiel doit saisir le juge interne avant de s'adresser à la Cour.

9. Cela dit, nous constatons que la motivation de l'arrêt, de laquelle nous devons nous démarquer en partie pour les raisons susmentionnées, renvoie à l'arrêt n° 49/2015 de la Cour constitutionnelle italienne (paragraphe 100 du présent arrêt), et que ce renvoi lui confère un caractère éclectique. Nous y voyons une ouverture par rapport à la jurisprudence traditionnelle.

10. Le poids accordé à cette décision dans la motivation du présent arrêt ouvre à notre avis la voie à une remise en cause de la jurisprudence traditionnelle de la Cour – dans les limites permises par la nouvelle jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne, bien entendu – qui pourrait l'amener à considérer que, même lorsqu'une loi est directement à l'origine de la violation alléguée, le requérant potentiel doit *en principe* saisir d'abord le juge interne, pour autant que le cadre juridique tracé par les arrêts n°s 348 et 349 de 2007 de la Cour constitutionnelle italienne puis atténué par l'arrêt n° 49/2015 rendu par cette même cour ne soit pas remis en cause dans sa substance même.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE COMMUNE  
DES JUGES CASADEVALL, ZIEMELE, POWER-  
FORDE, DE GAETANO et YUDKIVSKA

(Traduction)

1. Dans sa requête, la requérante alléguait que l'interdiction, édictée par le droit italien, de donner à la recherche scientifique des embryons conçus par procréation médicalement assistée était incompatible avec son droit au respect de sa vie privée. Dans le présent arrêt, la Cour juge que la possibilité pour l'intéressée d'exercer un choix conscient et réfléchi quant au « sort à réserver à ses embryons » touche un aspect intime de la vie personnelle de celle-ci et relève à ce titre de son « droit à l'autodétermination » (paragraphe 159 du présent arrêt). La Cour en déduit que l'article 8 de la Convention trouve à s'appliquer en l'espèce et conclut à la non-violation de cette disposition, au motif notamment que l'interdiction litigieuse est « nécessaire dans une société démocratique » à la protection des droits et libertés d'autrui au sens de l'article 8 § 2 de la Convention.

2. Bien que nous ayons voté pour la non-violation de l'article 8 de la Convention, les motifs qui nous ont conduits à cette conclusion diffèrent grandement de ceux qui ont été retenus dans le présent arrêt. Nous nous dissociions de la majorité bien avant l'appréciation de la proportionnalité de l'interdiction incriminée à laquelle celle-ci s'est livrée. Nous estimons en effet que le grief de la requérante est incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention au sens de l'article 35 §§ 3 et 4 de ce texte.

3. La Commission et la Cour ont déjà eu à connaître de nombreuses affaires sensibles dans lesquelles se posaient des questions fondamentales touchant à la potentialité de la vie humaine, au début de la vie humaine, et à la vie humaine embryonnaire ou fœtale, en rapport ou non avec les droits de la personnalité d'autrui<sup>1</sup>. Bien que la Cour ait jugé que les questions ayant trait à la procréation – et, en particulier, à la décision de devenir ou de ne pas devenir parent – constituent un aspect de la vie privée des personnes<sup>2</sup>, elle s'est abstenue de statuer sur le point fondamental de savoir à quel moment débute la « vie protégée » par la Convention. En conséquence, elle s'est gardée de se prononcer sur le statut de l'embryon humain en tant que tel.

1. Voir, par exemple, *Vo c. France* ([GC], n° 53924/00, § 75 et 80, CEDH 2004-VIII), *Evans c. Royaume-Uni* ([GC], n° 6339/05, CEDH 2007-I), *Dickson c. Royaume-Uni* ([GC], n° 44362/04, CEDH 2007-V), *Brüggemann et Scheuten c. Allemagne* (n° 6959/75, rapport de la Commission du 12 juillet 1977, Décisions et rapports (DR) 10, p. 100), et *H. c. Norvège* (n° 17004/90, décision de la Commission du 19 mai 1992, DR 73, p. 155).

2. Voir, par exemple, *Dickson*, précité, *Evans*, précité, et *S.H. et autres c. Autriche* ([GC], n° 57813/00, CEDH 2011).

4. Comme la Cour le reconnaît dans le présent arrêt, la requérante revendiquait en réalité le droit de « disposer d'embryons » (paragraphe 149 de l'arrêt) ou, en d'autres termes, le droit de « décider du sort » d'embryons issus d'une fécondation *in vitro* (paragraphe 152 de l'arrêt). Or la Cour juge ici, pour la première fois, que le fait de « décider du sort » d'embryons ou d'en « disposer » relève du droit des personnes au respect de leur vie privée (paragraphe 152). Le présent arrêt marque donc un tournant décisif dans la jurisprudence de la Cour. Il s'agit là d'une décision d'une portée considérable – et à nos yeux inacceptable – sur le statut de l'embryon humain.

5. La conclusion à laquelle parvient la majorité est déconcertante non seulement en raison de la connotation utilitaire des termes employés par celle-ci pour parler de l'embryon humain, mais aussi de la logique déroutante sur laquelle repose la décision adoptée. La raison pour laquelle la majorité considère qu'un choix concernant « le destin de l'embryon » relève de la sphère de la vie privée de la requérante tient « au lien existant entre la personne qui a eu recours à une fécondation *in vitro* et les embryons ainsi conçus ». Selon la majorité, ce lien découle du fait que « [*ces embryons*] renferment le patrimoine génétique de la personne en question et *représentent à ce titre une partie constitutive de celle-ci* et de son *identité* biologique » (paragraphe 158) (italique ajouté).

6. La conclusion selon laquelle l'embryon est une « partie constitutive » de l'identité de la requérante revêt une portée considérable. Contrairement à la majorité, nous estimons que l'embryon ne saurait être considéré comme une simple partie constitutive de l'identité de telle ou telle personne, que cette identité soit biologique ou d'une autre nature. S'il hérite du patrimoine génétique de ses « parents » biologiques, l'embryon humain n'en est pas moins une entité séparée et distincte dès les tout premiers stades de son développement. S'il n'était qu'une partie constitutive de l'identité de telle ou telle personne, pourquoi tant de rapports, de recommandations, de conventions et de protocoles internationaux seraient-ils consacrés à sa protection ? Ces instruments reflètent l'existence, au sein de la communauté humaine, d'un large consensus sur le fait que l'embryon n'est pas une simple « chose ». Comme l'a déclaré l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, l'embryon est une entité qui « doi[t] bénéficier en toutes circonstances du respect dû à la dignité humaine » (voir la partie III « Documents du Conseil de l'Europe », point A du présent arrêt).

7. L'approche adoptée par la Cour dans la présente affaire consacre une conception positiviste et réductrice de l'embryon humain. Ayant qualifié l'embryon de « partie constitutive » du matériel génétique et de l'identité biologique de telle ou telle personne, la Cour décide que la question du sort de l'embryon et de l'« usage » qui peut en être fait relève du droit de cette

personne au respect de sa vie privée. L'ADN de l'embryon humain, comme celui de toutes les autres entités humaines, provient nécessairement de celui de ses « parents » biologiques. Mais il est hasardeux et arbitraire de se fonder sur une simple parenté génétique pour décider que le sort d'une entité humaine relève du droit de telle ou telle personne à l'autodétermination.

8. La confusion qui caractérise le raisonnement de la majorité et qui est manifeste dans la partie consacrée à la recevabilité de la requête s'étend malheureusement à la motivation de l'arrêt (paragraphe 167 de l'arrêt). Pour apprécier la proportionnalité de l'interdiction litigieuse, la majorité considère que celle-ci peut être rattachée au but de protection « des droits et libertés d'autrui », mais elle se hâte d'ajouter que cela n'implique aucun jugement sur le point de savoir si le mot « autrui » englobe l'embryon humain !

9. Nous considérons pour notre part, conformément à la jurisprudence de la Cour en vigueur jusqu'à présent, qu'il eût été préférable de conclure que le droit de la requérante à l'« autodétermination » en tant qu'aspect de sa vie privée n'était tout simplement pas en cause puisque la question d'une possible maternité ne se posait pas en l'espèce. Nous observons que l'intéressée a déclaré que le don de ses embryons susciterait chez elle un « noble sentiment ». Toutefois, il va sans dire que la Convention a pour vocation exclusive de protéger les droits fondamentaux de l'homme, non de promouvoir des sentiments, quelle qu'en soit la nature. Le droit revendiqué par la requérante de « disposer de ses embryons » à des fins de recherche scientifique n'entre pas dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention. En conséquence, nous estimons que la requête aurait dû être rejetée comme étant incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention au sens de l'article 35 §§ 3 et 4 de ce texte.

## OPINION EN PARTIE DISSIDENTE DU JUGE NICOLAOU

(Traduction)

1. À mon avis, la requête aurait dû être rejetée, car elle n'a pas été introduite dans le délai requis.

2. Selon l'article 35 § 1 de la Convention, la Cour ne peut être saisie que dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive. Cependant, le point de départ de ce délai n'est pas toujours apparent. Il se peut qu'il ne soit pas matérialisé par une décision ou qu'il soit peu distinct pour une autre raison. Pour certaines situations continues dans lesquelles des droits issus de la Convention sont violés, il peut être particulièrement difficile de définir quand le délai a commencé à courir. Notre jurisprudence fournit des indications sur la façon d'aborder ce type d'affaires. Dans l'affaire *Varnava et autres c. Turquie* ([GC], n<sup>os</sup> 16064/90 et 8 autres, §§ 159 et 161, CEDH 2009), la Cour a déclaré en termes généraux que le délai ne s'appliquait pas aux situations continues. Ce n'est pas tout à fait exact puisque, comme l'explique ensuite l'arrêt, en pareil cas la violation continue signifie simplement que le délai recommence en fait à courir chaque jour, de sorte que le délai s'applique bien en principe. À la cessation de la situation continue, le délai commence à courir sans interruption pendant la période de six mois. La difficulté, dans certaines affaires, tient à la détermination du moment exact où la situation est arrivée à son terme. Comme il a été souligné dans l'affaire *Varnava et autres* (précitée, § 161), toutes les situations continues ne sont pas identiques: en fonction de leur nature, les enjeux peuvent changer au fil du temps. Il peut donc être nécessaire d'examiner comment une situation a évolué afin d'apprécier la signification des événements ou les perspectives de parvenir à une solution et de juger ce qui serait raisonnable de prendre comme point de départ dans les circonstances particulières de l'espèce. La Cour peut adopter un point de vue général et pratique quant à de telles questions.

3. La majorité est d'avis que la présente affaire porte sur une situation continue de durée illimitée, coïncidant avec l'existence de la loi n<sup>o</sup> 40 du 19 février 2004, entrée en vigueur le 10 mars 2004. À mon avis, la requérante n'était pas en droit d'attendre indéfiniment avant de demander réparation.

4. Les faits, très sommairement présentés par la requérante, sont les suivants. En 2002, cinq embryons, obtenus dans le cadre d'un processus de fécondation *in vitro* par la requérante et son partenaire, furent placés en cryoconservation aux fins d'une implantation future. Avant la fin de l'année suivante, le partenaire de la requérante fut tué en Irak où il réalisait un reportage de guerre. Par la suite, à une date non précisée, la requérante

décida de ne pas implanter les embryons. Elle formula alors oralement, en vain, plusieurs demandes de mise à disposition de ses embryons en vue d'une utilisation par la recherche scientifique. Le nombre de demandes et les périodes où elles ont été présentées n'ont pas été précisés. On peut supposer qu'elles sont toutes intervenues après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, puisqu'auparavant il n'y aurait pas eu d'obstacles à donner les embryons, pour quelque objectif que ce soit. De plus, nul n'a expliqué pourquoi la requérante n'a pas porté l'affaire plus tôt devant la juridiction de Strasbourg, c'est-à-dire peu après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, au lieu d'attendre plus de sept ans avant de le faire.

5. Il doit avoir été clair pour la requérante que ses demandes ne pouvaient pas être accordées au titre de la nouvelle loi. Celle-ci, en ses passages pertinents, se lit ainsi :

**Article 13 – Expérimentation sur l'embryon humain**

« 1. Toute expérimentation sur l'embryon humain est interdite.

2. La recherche clinique et expérimentale sur l'embryon humain ne peut être autorisée que si elle poursuit exclusivement des finalités thérapeutiques et diagnostiques tendant à la protection de la santé ainsi qu'au développement de l'embryon et s'il n'existe pas d'autres méthodes. »

6. Aux termes de l'article 13 § 5 de cette loi, toute violation de cette interdiction est passible de sanctions sévères, y compris d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à six ans.

7. Il y a bien sûr des exemples dans lesquels les dispositions législatives donnent bien lieu à une ingérence continue dans l'exercice de droits issus de la Convention au titre soit de l'article 8 soit de l'article 14 combiné avec l'article 8, ingérence dont les effets ne peuvent s'atténuer ou cesser au fil du temps à moins d'en supprimer la cause. La majorité cite les arrêts *Dudgeon c. Royaume-Uni* (22 octobre 1981, § 41, série A n° 45), *Norris c. Irlande* (26 octobre 1988, § 38, série A n° 142), *Vallianatos et autres c. Grèce* ([GC], n°s 29381/09 et 32684/09, § 54, 7 novembre 2013) et *S.A.S. c. France* ([GC], n° 43835/11, § 110, CEDH 2014), et ce ne sont pas les seuls exemples sur le sujet. La majorité reconnaît que, dans ces affaires, l'impact des mesures législatives incriminées sur la vie quotidienne des requérants « était plus important et plus direct qu'en l'espèce » (paragraphe 111 de l'arrêt). Toutefois, elle n'attache aucune importance à une différence que, pour ma part, je considère comme cruciale. Dans ces arrêts, les dispositions législatives litigieuses avaient, d'une manière ou d'une autre, un impact pratique majeur sur le quotidien des requérants, avec des effets décisifs et lourds de conséquences sur leur conduite et l'organisation de leurs affaires. Rien de tel en l'espèce : la majorité se contente de reconnaître l'existence

d'un « lien biologique existant entre l'intéressée et ses embryons ainsi que de l'objectif de réalisation d'un projet familial à l'origine de leur création » (paragraphe 111 de l'arrêt), bien que, en ce qui concerne la deuxième proposition, le projet de fonder une famille en ayant recours aux embryons ait été abandonné à une phase précoce et ne fût plus d'actualité en l'espèce. Elle conclut que l'interdiction en question « a une incidence sur la vie privée de la requérante » (*ibidem*).

8. Dans la décision sur la recevabilité relative au délai de six mois (*Parrillo c. Italie* (déc.), n° 43028/05, 3 novembre 2015), la majorité ne va pas au-delà que ce que j'ai déjà rapporté. La recevabilité est admise sur la base du point de vue, que je ne partage pas, que la nouvelle loi a un impact incessant sur la vie de la requérante. Par la suite, toutefois, dans la partie de l'arrêt sur le fond, la majorité explique ce qu'elle voit comme la nature particulière de cet impact, et qui expliquerait sa force. Les paragraphes 158 et 159 de l'arrêt se lisent ainsi :

« 158. En l'espèce, la Cour doit aussi avoir égard au lien existant entre la personne qui a eu recours à une fécondation *in vitro* et les embryons ainsi conçus, et qui tient au fait que ceux-ci renferment le patrimoine génétique de la personne en question et représentent à ce titre une partie constitutive de celle-ci et de son identité biologique.

159. La Cour en conclut que la possibilité pour la requérante d'exercer un choix conscient et réfléchi quant au sort à réserver à ses embryons touche un aspect intime de sa vie personnelle et relève à ce titre de son droit à l'autodétermination. L'article 8 de la Convention, sous l'angle du droit au respect de la vie privée, trouve donc à s'appliquer en l'espèce. »

9. Ma position est très éloignée de celle de la majorité selon laquelle la question en jeu tient au droit à l'autodétermination de la requérante.

En fait, avec tout le respect que je dois à la majorité, il me semble que, par la suite, celle-ci prend également ses distances par rapport à cette position initiale. Il est intéressant de noter à cet égard que, lorsqu'elle examine les circonstances spécifiques de la présente affaire, la majorité déclare, au paragraphe 174 de l'arrêt que :

« (...) la présente espèce ne concerne pas un projet parental (...) Dans ces conditions, s'il n'est assurément pas dénué d'importance, le droit de donner des embryons à la recherche scientifique invoqué par la requérante ne fait pas partie du noyau dur des droits protégés par l'article 8 de la Convention en ce qu'il ne porte pas sur un aspect particulièrement important de l'existence et de l'identité de l'intéressée. »

10. J'en suis tout à fait d'accord. Un peu plus loin, au paragraphe 192 de l'arrêt, la majorité observe que :

« (...) si le droit invoqué par la requérante de décider du sort de ses embryons est lié à son désir de contribuer à la recherche scientifique, il n'y a toutefois pas lieu d'y voir une circonstance affectant directement l'intéressée. »

11. Encore une fois, je suis bien d'accord. Contrairement aux affaires pertinentes susmentionnées, où l'on a souligné que les requérants avaient été directement touchés par la législation litigieuse, en l'espèce la requérante n'était pas directement concernée. Ce qu'elle envisageait de faire – à savoir faire don de ses embryons à la recherche – n'a pas affecté directement sa vie privée. Je ne comprends pas pourquoi la majorité, lorsqu'elle examine les arguments de la requérante à la lumière des divers aspects de la nouvelle loi, ne pouvait pas conclure dès le départ, ainsi qu'elle le fait au paragraphe 195 de l'arrêt, que, quelles que soient les incohérences figurant ou non dans la nouvelle législation, elles « (...) [n'étaient] pas de nature à affecter directement le droit qu'elle invoqu[ait] en l'espèce. »

12. Cette conclusion est dans la droite ligne de ce que j'ai déjà présenté comme une différence déterminante entre la présente espèce et les affaires *Dudgeon, Norris, Vallianatos et autres* et *S.A.S. c. France*, précitées.

13. Mon opinion selon laquelle la requête aurait dû être déclarée irrecevable pour non-respect du délai requis se fonde sur la nature très ténue, à mon sens, du lien entre la requérante et les embryons congelés. S'il existe bien un lien significatif puisque les embryons sont issus du matériel génétique de la requérante et de son partenaire, et qu'en conséquence de ce lien la question relève du champ de l'article 8, il me semble que ce n'est qu'à la périphérie, et que cela ne tient qu'à la possibilité, pour la requérante, d'exprimer un souhait concernant le sort de ces embryons. À la réception d'une réponse négative, étant donné qu'il n'y avait pas de recours interne adéquat à épuiser, le délai de prescription aurait dû alors commencer à courir aux fins de soumettre la restriction législative en question à un examen au titre de la Convention.

14. Eu égard au point de vue décrit ci-dessus, on ne saurait dire que cet aspect de l'article 8 donne à la requérante un droit pendant une période indéfinie. La nouvelle loi est entrée en vigueur quatre mois environ après le drame qui a changé sa vie et, si le délai de six mois est ajouté à cela, on serait tenté de croire qu'elle disposait d'assez de temps pour décider si elle souhaitait avoir son mot à dire dans cette affaire. Il est également possible, cependant, d'aborder la question de manière plus large et, sur la base d'une situation continue créée par la nouvelle loi, d'examiner ce qui pouvait être un cadre temporel raisonnable permettant à une personne dans la situation de la requérante, dans les tristes circonstances dans lesquelles elle s'est trouvée, de suffisamment réfléchir et agir. Ce que je ne peux certainement pas admettre, c'est l'idée que la requérante n'était soumise à aucune limite temporelle pour mettre en branle le dispositif strasbourgeois de protection des droits de l'homme.

## OPINION DISSIDENTE DU JUGE SAJÓ

(Traduction)

À mon grand regret, je ne peux souscrire aux points de vue exprimés par la majorité. Je me vois donc dans l'obligation de m'en écarter, pour les raisons exposées ci-dessous.

### Applicabilité de l'article 8 de la Convention en l'espèce

1. En l'espèce, la Cour conclut que « la possibilité pour la requérante d'exercer un choix conscient et réfléchi quant au sort à réserver à ses embryons touche un aspect intime de sa vie personnelle et relève à ce titre de son droit à l'autodétermination » (paragraphe 159 de l'arrêt). Je ne peux que souscrire à cette conclusion, sauf à ajouter que non seulement cela « relève » du droit de l'intéressée à l'autodétermination mais qu'il s'agit là de l'exercice de ce droit qui se trouve au cœur du droit à la vie privée. Le droit de la requérante à l'autodétermination reflète son droit à l'autonomie personnelle et à sa liberté de choix (*S.H. et autres c. Autriche* [GC], n° 57813/00, § 80, CEDH 2011, *McDonald c. Royaume-Uni*, n° 4241/12, §§ 46-47, 20 mai 2014, et *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 61, CEDH 2002-III). Ici, le choix (un droit) de la requérante était de donner ses embryons pour faire avancer la science en vue de sauver des vies plutôt que de laisser leur viabilité s'éteindre avec le temps<sup>1</sup>. La nature du droit en jeu en l'espèce est la liberté de choix de la requérante. Il ne s'agit pas d'une affaire touchant aux droits de la parentalité ni même aux droits éventuels d'un fœtus ; le droit de la requérante dont il est ici question est celui d'agir comme un individu libre et autonome en ce qui concerne son empreinte génétique.

2. Selon la jurisprudence de la Cour, « il n'incombe pas à la Cour d'examiner *in abstracto* la législation et la pratique pertinentes, mais de rechercher si la manière dont elles ont touché le requérant a enfreint la Convention » (*N.C. c. Italie* [GC], n° 24952/94, § 56, CEDH 2002-X). Il ne s'agit pas ici d'examiner l'utilisation des embryons par la recherche telle que réglementée par le droit italien, mais de considérer la manière dont la mesure générale a affecté des embryons qui avaient été créés et cryoconservés avant que la restriction n'entre en vigueur. Cette affaire porte sur une situation très spécifique : que se passe-t-il lorsqu'une législation intervient et entrave l'exercice de ce droit préexistant concernant des embryons préexistants ? L'embryon

1. Cela n'implique pas que les cellules en question font partie intégrante de l'« identité biologique » de la requérante, comme le décrit l'arrêt, mais plutôt que l'intéressée a le droit de contrôle principal sur son empreinte génétique.

peut potentiellement devenir un être humain, mais cela reste une simple potentialité puisque cette évolution ne peut se produire sans le consentement du ou des donneurs, comme il en a été discuté dans l'affaire *Evans c. Royaume-Uni* ([GC], n° 6339/05, CEDH 2007-I).

La requérante a décidé de ne pas donner son consentement. Certainement, une loi qui exigerait de la requérante d'utiliser les embryons elle-même contreviendrait à son droit à décider de devenir ou non parent. De même, une loi qui l'obligerait à autoriser « l'adoption » de ses embryons par un tiers violerait son droit fondamental à ne pas être contrainte à la parentalité<sup>2</sup>. Le droit italien ne laisse donc qu'une option : la cryoconservation pour une période illimitée des embryons non implantés<sup>3</sup>.

3. Pour moi, le « droit de choisir » de la requérante (en tant qu'aspect relevant de l'autodétermination) ne représente pas « un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'une personne » (paragraphe 169 de l'arrêt). Si le point mérite débat, j'admets qu'il n'existe pas de consensus européen<sup>4</sup> concernant le sort des embryons cryoconservés et je ne discuterai pas de la question de savoir si l'expérience de sept ou quatre pays est suffisante pour tirer cette conclusion (bien que les données comparatives fournies par la Cour ne reflètent pas la pratique des pays en ce qui concerne les embryons qui ont été créés à des fins reproductrices avant l'imposition d'une interdiction sur la recherche, et que seuls quelques pays interdisent toute recherche sur les cellules souches embryonnaires). Il s'ensuit que l'État dispose d'une ample marge d'appréciation s'agissant de restreindre ce droit.

2. *Evans*, précité. Bien entendu, l'affaire *Evans* n'est qu'en partie pertinente pour la présente espèce, puisque les droits de la requérante en cause en l'espèce ne touchent pas à la parentalité.

3. Bien que la requérante ne paie rien, actuellement, pour le stockage de ses embryons, il n'existe selon elle aucune disposition juridique qui empêcherait le service de stockage médical de mettre ces frais à sa charge. Le Gouvernement n'a pas contesté cette observation.

4. Une question reste un mystère à mes yeux : pourquoi l'absence de consensus européen sur l'existence d'un droit est si souvent interprétée contre l'existence de ce droit, alors même que l'existence d'un tel droit peut être déduite de la notion autonome d'un droit fondé sur la Convention, aussi, par exemple, à la lumière des évolutions du droit international et des réalités sociales. Si l'exercice d'une liberté a été autorisé au moins dans certains pays, cela devrait alors créer une présomption en faveur de ce droit fondé sur la Convention dès lors que celui-ci est par ailleurs compatible avec une interprétation raisonnable de la signification et de la portée du droit en question. Cela n'exclut pas la possibilité qu'il peut y avoir de bonnes raisons dans un autre pays pour restreindre ce droit. Ou disons-nous que la reconnaissance de la portée plus large d'un droit dans plusieurs pays est arbitraire et dénuée de pertinence ?

Avec la théorie controversée sur la marge d'appréciation, telle qu'interprétée par la Cour, l'État est exonéré de l'obligation de fournir une justification matérielle de l'existence d'un besoin impérieux d'opérer une ingérence. Invoquer l'absence de consensus européen comme indicateur déterminant de l'absence d'une certaine signification ou portée d'un droit fondé sur la Convention ignore le préambule de celle-ci, qui évoque « le développement des droits de l'homme » comme l'un des moyens d'atteindre le but de la Convention.

### Sur le point de savoir s'il y a eu une « ingérence » « prévue par la loi »

4. La Cour reconnaît qu'il y a eu une ingérence dans le droit de la requérante au respect de la vie privée au titre de l'article 8. Toutefois, il importe de souligner qu'au moment où la requérante a choisi la voie de la fécondation *in vitro* (FIV), il n'y avait pas de loi en vigueur en Italie concernant le sort à réserver aux embryons surnuméraires. Ainsi que la Grande Chambre l'a déjà dit, l'expression « prévue par la loi » implique que « la législation interne doit user de termes assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à recourir à des mesures affectant leurs droits protégés par la Convention » (*Fernández Martínez c. Espagne* [GC], n° 56030/07, § 117, CEDH 2014). La requérante était face à une situation dans laquelle elle n'avait pas de choix réel à part celui d'accepter que l'État conserve ses embryons en les congelant pour une durée indéterminée. Cela n'était pas prévisible lorsqu'elle a choisi d'effectuer une FIV. Elle n'avait aucune possibilité de savoir qu'elle aurait seulement quatre mois après le décès de son partenaire pour décider ce qu'il fallait faire des embryons, avant que la nouvelle législation ne lui enlève le contrôle de cette décision. Il importe de relever que la loi ne contient pas de règles spécifiques quant au sort des embryons qui étaient déjà cryoconservés avant l'entrée en vigueur de cette loi.

### Légitimité du but poursuivi

5. En l'espèce, le Gouvernement n'a pas donné de raison claire justifiant l'ingérence. Ces buts ont été reconstitués (non sans effort) par la Cour, puis admis par elle. En l'absence de toute justification par le Gouvernement du but de l'ingérence, la majorité en propose deux : la protection de la morale et la protection des droits d'autrui. Quant à la protection de la morale, la Cour ne donne aucune information sur la morale publique en Italie, où la pratique litigieuse est légale depuis de nombreuses années<sup>5</sup>. Le Gouvernement n'a pas invoqué la protection de la morale et la Cour n'explique pas où l'intérêt moral se trouve ; elle ne prend pas davantage en compte un intérêt moral spécifique dans l'analyse sur la proportionnalité.

6. En ce qui concerne les droits d'autrui, « [l]a Cour admet que la « protection de la potentialité de vie dont l'embryon est porteur » peut être rattachée au but de protection de la morale et des droits et libertés

5. Bien entendu, cela n'incombe pas à la Cour. C'est au Gouvernement de savoir et d'expliquer ce qu'est le but de la législation en cause. Au moins pendant le dernier stade du débat, les partisans de la loi ont expressément nié que celle-ci avait une quelconque finalité morale. Le député Giuseppe Fioroni a déclaré que la loi ne servait pas la morale catholique mais le droit naturel (19 janvier 2004).

[http://legxiv.camera.it/\\_dati/leg14/lavori/stenografici/framedinam.asp?sedpag=sed408/s000r.htm](http://legxiv.camera.it/_dati/leg14/lavori/stenografici/framedinam.asp?sedpag=sed408/s000r.htm)

d'autrui» (paragraphe 167 de l'arrêt)<sup>6</sup>. Mais qui est «autrui»? L'embryon est-il «autrui», c'est-à-dire une personne? Il n'y a pas de réponse, sauf que l'embryon est décrit dans la loi n° 40/2004 comme un «sujet» ayant des droits. Le fait qu'il ne tombe pas dans la catégorie des biens ne fait pas de l'embryon un être humain ou un titulaire de droits<sup>7</sup>. Le fait que l'État ait intérêt à protéger une vie potentielle ne saurait se mesurer au droit d'une personne.

7. La Cour estime que les droits d'autrui sont présents parce que «la potentialité de vie» peut être liée à ce droit allégué. J'espère me tromper, mais je crains qu'il n'y ait ici un risque de distendre la norme applicable à la liste des buts admissibles pour une restriction des droits. Jusqu'ici, la Cour a constamment affirmé que la liste d'exceptions aux droits individuels reconnus par la Convention était exhaustive et que leur définition était restrictive (voir, parmi d'autres, *Sviato-Mykhailivska Parafiya c. Ukraine*, n° 77703/01, § 132, 14 juin 2007, et *Nolan et K. c. Russie*, n° 2512/04, § 73, 12 février 2009). Cela est essentiel à toute protection sérieuse de droits. Malheureusement, dans l'affaire *S.A.S. c. France* ([GC], n° 43835/11, § 113, CEDH 2014), la Cour a dit que «[p]our être compatible avec la Convention, une restriction à cette liberté doit notamment être inspirée par un but susceptible d'être rattaché à l'un de ceux que [l'article 9 de la Convention] énumère. La même approche s'impose sur le terrain de l'article 8 de la Convention». D'une position selon laquelle le but «est susceptible d'être rattaché» à ces exceptions énumérées de manière exhaustive, nous passons à présent à un point de vue selon lequel un lien peut exister si cela n'est pas exclu comme étant abusivement spéculatif («peut être susceptible» au lieu de «est susceptible»).

Le fait de ne pas examiner sérieusement un but supposé d'un État sape-rait le potentiel de protection des droits de toute analyse de proportionnalité. L'examen de la finalité d'une mesure relève du rôle de supervision de la Cour (*Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 49, série A n° 24). Si nous souhaitons appliquer la doctrine de la marge d'appréciation, nous pourrions dire qu'en matière de politique économique il y a peu de place

6. La Cour s'inspire des observations écrites formulées par le Gouvernement au titre de l'article 1 du Protocole n° 1, dont l'applicabilité en l'espèce a été rejetée. Ce n'est que dans la plaidoirie orale que le Gouvernement a soutenu que la loi servait la protection de «la potentialité de vie de l'embryon», mais pas dans le contexte de l'article 8 § 2 de la Convention.

7. Les organes, par exemple, ne sont pas traités purement comme des biens mais cela ne leur confère pas la qualité «d'êtres humains». Le statut juridique du matériel biologique n'est pas évident et doit être précisé avant que des hypothèses ne puissent être formulées sur des droits en la matière. En théorie juridique italienne, un «sujet» est un point de référence pour les relations juridiques, pas une personne. Toutes les personnes sont des sujets, mais tous les sujets ne sont pas des personnes («*Ogni persona è soggetto, non ogni soggetto è persona*») Cass., 24 juillet 1989, n° 3498, dans *Foro it.*, 1990, I, c. 1617.

pour une telle analyse, eu égard à l'avantage cognitif dont bénéficient la législation nationale ou les autorités nationales, ou considérant que « [g]râce 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 » (*James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, § 46, série A n° 98). Ce raisonnement ne peut pas être appliqué sans raisons additionnelles et convaincantes à des domaines où la question n'est pas d'« utilité publique » en matière de politiques économiques et sociales mais tient à la morale, la politique de santé ou la science<sup>8</sup>.

8. L'arrêt accepte sans autre réflexion la force de l'intérêt de l'État à interdire toutes les utilisations des embryons issus des FIV, sauf l'implantation. Toutefois, dans l'affaire *S.A.S.*, précitée, la Cour a relevé que « [s]a pratique (...) est d'être plutôt succincte lorsqu'elle vérifie l'existence d'un but légitime, au sens des seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la Convention » (*ibidem*, § 114). Cependant, la Grande Chambre a ensuite expliqué dans la même affaire que, particulièrement lorsque les objectifs du Gouvernement sont controversés (comme dans le contexte de la présente affaire, voir les paragraphes 135-137 de l'arrêt), la Cour se livre à un examen approfondi du lien entre la mesure et l'objectif. En l'espèce, ce lien a été tenu pour acquis sans autre demande ou justification adressée au Gouvernement.

### Nécessaire, dans une société démocratique

9. La Cour a affirmé que, même lorsqu'il existe une ample marge d'appréciation au titre de l'article 8, le Gouvernement doit toujours présenter des « motifs pertinents et suffisants » pour justifier l'ingérence (*Zaiet c. Roumanie*, n° 44958/05, § 50, 24 mars 2015, *Hanzelkovi c. République tchèque*, n° 43643/10, § 72, 11 décembre 2014, *Winterstein et autres c. France*, n° 27013/07, § 147, 17 octobre 2013, et *S. et Marper c. Royaume-Uni* [GC], n°s 30562/04 et 30566/04, § 101, CEDH 2008)<sup>9</sup>. S'agissant de mesures générales portant atteinte à un droit au titre de l'article 8, la Cour a formulé les considérations suivantes : « Premièrement, [la Cour] peut apprécier le contenu matériel de la décision du gouvernement, en vue de s'assurer qu'elle est compatible avec l'article 8. Deuxièmement, elle peut se pencher sur le processus décisionnel, afin de vérifier si les intérêts de l'individu ont été dûment pris en compte » (*Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 36022/97, § 99, CEDH 2003-VIII).

10. Une mesure d'ingérence qui sert le but susmentionné est une mesure générale. Selon la Cour, pour déterminer la proportionnalité d'une mesure

8. Dans l'affaire *James et autres*, précitée, la Cour n'a accordé qu'une « certaine marge d'appréciation » qui au fil des ans s'est transformée en « ample » marge d'appréciation.

9. Voir également la jurisprudence citée au paragraphe 168 du présent arrêt.

générale, elle doit commencer par étudier les choix législatifs à l'origine de la mesure (*James et autres*, précité, § 36). La qualité de l'examen parlementaire et judiciaire de la nécessité de la mesure réalisé au niveau national revêt une importance particulière à cet égard, y compris pour ce qui est de l'application de la marge d'appréciation pertinente (*Animal Defenders International c. Royaume-Uni* [GC], n° 48876/08, § 108, CEDH 2013).

11. Il ressort de l'histoire législative de la loi n° 40/2004 que, pendant des décennies, la question n'a pas été réglementée en Italie en raison de divergences de vues persistantes au sein de la société et parmi les professionnels. Les divisions ont continué pendant des années de débats parlementaires. Les opposants au projet d'interdiction<sup>10</sup> soutenaient qu'il reflétait une conviction idéologique spécifique, tandis que ses partisans estimaient qu'il servait la protection de la vie et de la famille, et constituait une solution conforme au droit naturel, et non aux diktats de la religion catholique. Les divisions se sont poursuivies jusqu'au débat final<sup>11</sup>.

12. Le Gouvernement n'a fourni aucun élément démontrant qu'il y ait eu une discussion parlementaire approfondie sur le sort des embryons déjà cryoconservés au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi<sup>12</sup>. De plus, la loi a été adoptée à la majorité, dans un climat très polémique<sup>13</sup>. Le débat parlementaire italien a donc été différent de celui examiné dans l'affaire *Animal Defenders International*, précitée, dans laquelle, notamment, il y avait un soutien transversal de tous les partis représentés au Parlement. Par ailleurs, rien ne prouve que les droits ou la situation personnelle de la requérante aient été pris en compte ; la loi comporte une interdiction globale qui prive la requérante de son droit à la liberté de choix. Contrairement à la situation dans l'affaire *Animal Defenders International*, précitée, il ne pouvait pas y avoir d'analyse de proportionnalité interne dans son affaire. Non seulement cette interdiction générale ignore le droit à l'autodétermination de la requérante concernant une décision privée importante, mais elle le fait de manière absolue et imprévisible. La loi ne contient aucune règle transitoire

10. Des dispositions clés de la loi ont déjà été jugées contraires à la Constitution ou à la Convention (paragraphe 27-39 du présent arrêt, et *Costa et Pavan c. Italie*, n° 54270/10, 28 août 2012).

11. «Tutti (sia il rapporto Warnock sia gli scienziati che hanno partecipato alle varie audizioni di Camera e Senato) hanno dichiarato: sì, è vita, però...» («Tous (le rapport Warnock et les scientifiques qui ont participé aux différentes audiences de la Chambre et du Sénat) ont déclaré: oui, la vie, mais...» (propos de la députée Maria Burani Procaccini, défendant le projet de loi (19 janvier 2004)). [http://legxiv.camera.it/\\_dati/leg14/lavori/stenografici/framedinam.asp?sedpag=sed408/s000r.htm](http://legxiv.camera.it/_dati/leg14/lavori/stenografici/framedinam.asp?sedpag=sed408/s000r.htm)

12. La loi ne prévoyait en aucune façon le sort à réserver aux embryons surnuméraires. C'est uniquement le Comité national de bioéthique qui a décidé ultérieurement (le 18 novembre 2005), sur des fondements juridiques incertains, que l'adoption en vue d'une naissance était autorisée (paragraphe 19-20 du présent arrêt).

13. Un pourcentage de 25 % des électeurs inscrits ont participé au référendum non valable sur la loi en 2005, 88 % des votants s'étant prononcés en faveur d'une abrogation partielle.

qui aurait pu permettre à l'autorité compétente de prendre en considération la situation spécifique de la requérante, dont les embryons obtenus à partir d'une FIV ont été placés en cryoconservation en 2002 et dont le mari est décédé en 2003, trois mois avant l'entrée en vigueur de la loi.

13. Contrairement à l'intérêt moral clairement exprimé par la requérante, et au fort intérêt social dans la recherche scientifique en jeu, qui a prêté un poids considérable au droit par ailleurs pas « particulièrement important » de la requérante, la majorité observe simplement que le législateur italien s'est livré à un examen approfondi de cette question avant d'élaborer la loi n° 40/2004 (paragraphe 184 de l'arrêt). Comme mentionné ci-dessus, les conditions requises à cet égard dégagées dans les affaires *Hatton et autres* et *Animal Defenders International* (précitées) ne sont pas remplies. En l'absence de raison claire ressortant du débat parlementaire, ce n'est que lorsque le Gouvernement offre des explications suffisamment précises que la Cour peut examiner de manière adéquate pourquoi l'interdiction globale sur les dons était nécessaire lorsqu'on la met en balance avec le choix personnel de la requérante. Le passage des travaux préparatoires cité par la Cour n'explique pas pourquoi il est indispensable d'interdire les dons pour respecter la préférence morale supposée des Italiens pour les embryons dans les circonstances de l'espèce. Étant donné que le Gouvernement ne peut contraindre une personne à utiliser ses embryons pour créer un être humain sans son consentement, une interdiction globale de toutes les autres utilisations visant à promouvoir la vie (telles que la recherche médicale) non seulement constitue une restriction excessive au droit individuel à l'autodétermination, mais elle ignore également les valeurs consacrées par l'article 33 de la Constitution italienne<sup>14</sup> ainsi que le système de valeurs de la Convention, qui reconnaît l'intérêt de l'article 10 dans la recherche scientifique (*Mustafa Erdoğan et autres c. Turquie*, nos 346/04 et 39779/04, §§ 40-41, 27 mai 2014). Plus important, la protection de la vie ne peut pas être invoquée, non seulement parce que la signification et le poids de cet argument demeurent contestés en ce qui concerne les embryons de la requérante mais également parce que ces embryons, malgré leur potentialité de vie, n'ont aucune chance de devenir des êtres humains. Quant aux embryons en général en Italie, le devoir de protéger le potentiel d'un embryon non viable ne peut exister de manière absolue en droit italien étant donné que même un fœtus viable peut faire l'objet d'un avortement<sup>15</sup>.

14. « La République garantit la liberté des arts et des sciences, qui peuvent être enseignés librement ». Le Gouvernement n'a pas démontré que les valeurs constitutionnelles de la science ont été mises en balance par le Parlement, et a formulé des observations uniquement sur l'utilisation des cellules pluripotentes par la recherche.

15. Les commentateurs ont été prompts à souligner les incohérences internes de la loi. Voir *Carlo*

14. La requérante en l'espèce était face à un choix impossible et imprévisible. Au mieux, les choix qui lui étaient ouverts étaient d'utiliser les embryons elle-même, de laisser un autre couple les utiliser, ou de laisser son matériel génétique dépérir indéfiniment jusqu'au moment (inconnu et impossible à connaître) où les embryons ne seront plus viables ou seront susceptibles d'être utilisés à des fins de procréation, contrairement à son souhait clairement exprimé.

15. Vu l'âge de la requérante, il ne lui serait pas possible d'utiliser les cinq embryons elle-même. De plus, selon un témoignage d'expert présenté à l'audience devant la Cour et non contesté par le Gouvernement, ses embryons ne pourraient pas, en pratique, être utilisés par un autre couple en raison de leur âge et parce qu'ils n'ont pas été soumis à des tests adéquats au moment de leur création. Dès lors, en réalité, ces embryons ne seront pas utilisés pour créer une vie humaine, car ils ne seront jamais implantés dans un utérus<sup>16</sup>. Cette réalité médicale n'est pas contestée par le Gouvernement.

16. Plus important, la requérante a fait clairement le choix de ne pas autoriser l'utilisation de ses embryons à des fins de procréation.

17. L'intérêt de la requérante de donner ses embryons à la recherche scientifique, plutôt que de les laisser sans utilisation, est une décision profondément personnelle et morale. Ce choix se fonde sur le souhait d'honorer la mémoire de son partenaire décédé et de soutenir une recherche médicale précieuse pouvant potentiellement sauver des vies<sup>17</sup>. Selon le témoignage d'expert présenté à l'audience (et beaucoup d'autres sources internationales médicales et scientifiques), les recherches provenant des cellules souches des embryons sont actuellement utilisées dans le cadre d'essais cliniques pour les blessures médullaires, la maladie de Parkinson et d'autres maladies qui sont actuellement incurables ou difficiles à soigner. Les pays qui autorisent de telles recherches ont développé des formes sophistiquées de consentement éclairé pour assurer que les embryons sont utilisés de manière éthique<sup>18</sup>. Pareilles recherches utilisent les cellules pluripotentes (indifférenciées) créées dans le cadre des procédures de FIV pour mieux comprendre le développement humain et découvrir de nouvelles modalités de traitement de maladies qui sont dévastatrices et incurables pour de nombreuses personnes dans

---

Casonato, *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione d'impatto normativo*. Collana Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento, vol. n° 47, Università di Trento, 2005.

16. Le Gouvernement s'attend peut-être à ce que l'humanité développe la faculté scientifique de faire pousser un être humain à partir d'un embryon *in vitro* en se passant d'un utérus?

17. Un choix qui est au moins étroitement lié à la préservation et à la protection de la vie comme celui de la législation actuelle.

18. Voir le rapport de la Stanford Medical School à l'adresse suivante : <http://med.stanford.edu/news/all-news/2011/04/new-approach-to-ivf-embryo-donations-lets-people-weigh-decision.html>.

le monde entier<sup>19</sup>. Les cellules créées dans le cadre de procédures de FIV constituent un matériel biologique unique et précieux, que la requérante souhaitait mettre à disposition pour qu'il soit utilisé plutôt que de le voir perdre sa viabilité en demeurant congelé indéfiniment.

18. Que le souhait du Gouvernement de protéger la potentialité de vie des embryons pèse ou non plus lourd que l'intérêt de la requérante à utiliser son propre matériel génétique pour contribuer à la science qui sauve des vies est une question qui ne peut être écartée sans réflexion. Le présent arrêt est dénué de toute analyse sur la proportionnalité, et ne prend pas en compte l'intérêt important des tiers à profiter des bénéfices en matière de santé découlant des découvertes scientifiques. En disant simplement qu'il n'existe pas de consensus européen sur la question de savoir si les embryons surnuméraires produits dans le cadre de FIV peuvent être utilisés par la recherche scientifique, la Cour s'écarte des normes bien établies dans sa jurisprudence. Bien entendu, il existe une marge d'appréciation quant à cette question, mais cela ne signifie pas que la loi peut intervenir selon toute modalité que le Gouvernement estime adéquate. La mesure doit toujours être proportionnée à l'ingérence dans les droits du requérant.

19. Afin que l'ingérence soit proportionnée, le Gouvernement doit fournir des motifs légitimes (pertinents et suffisants). À supposer même, eu égard à l'arrêt *Evans* (précité, § 81) qu'il existe une ample marge d'appréciation dans les cas de FIV « dès lors que le recours au traitement par FIV suscite de délicates interrogations d'ordre moral et éthique, qui s'inscrivent dans un contexte d'évolution rapide de la science et de la médecine »<sup>20</sup>, il reste que l'ingérence ne peut pas être arbitraire. En Italie, tant l'avortement que la recherche sur les lignées de cellules souches étrangères sont autorisés. La loi ignore l'intérêt à prévenir la souffrance humaine réelle par la recherche scientifique au nom de la protection d'une potentialité de vie, qui, de plus, ne pourra jamais se matérialiser dans les circonstances de l'espèce. Je ne vois pas pourquoi on attache une importance prépondérante à une potentialité de vie alors que le droit italien autorise bien l'avortement d'un fœtus viable et que, dans les circonstances particulières de l'espèce, cette potentialité ne peut pas se matérialiser en l'absence du consentement de la requérante.

19. Voir, par exemple, le témoignage du professeur de Luca; *Patient Handbook on Stem Cell Therapies*, International Society For Stem Cell. Research: [www.closerlookatstemcells.org/docs/default-source/patient-resources/patient-handbook---english.pdf](http://www.closerlookatstemcells.org/docs/default-source/patient-resources/patient-handbook---english.pdf); National Institutes of Health: [www.nih.gov](http://www.nih.gov).

20. Je ne pense pas que les évolutions rapides de la science et de la technologie soient pertinentes ici, à moins que la science ne permette un jour la production de bébés en dehors de l'utérus et en dehors du corps humain; et dans ce cas, il y aura un consensus moral que l'embryon a le droit de devenir un homuncule (ectogénèse), quels que soient les souhaits des donneurs. Je ne peux imaginer que pareilles considérations soient applicables en l'espèce, nonobstant les efforts consentis en vue de créer un ventre artificiel.

Cette attitude et l'explication y relative sont non seulement incohérentes, mais tout simplement irrationnelles et, en soi, ne sauraient représenter une justification suffisante pour la proportionnalité de la mesure.



PARRILLO v. ITALY  
(*Application no. 46470/11*)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 27 AUGUST 2015<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.



SUMMARY<sup>1</sup>**Prohibition on donating embryos obtained from *in vitro* fertilisation to scientific research**

The concept of “private life” within the meaning of Article 8 applied to a woman’s wish to have released into her possession embryos obtained from her IVF treatment and destined not to be implanted but donated to research. That ability to exercise a conscious and considered choice regarding the fate of her embryos concerned an intimate aspect of her personal life that related to her right to self-determination (see paragraphs 152-53 and 159 of the judgment).

Although an important one, the right to donate embryos to scientific research was not one of the core rights attracting the protection of Article 8 as it did not concern a particularly important aspect of the applicant’s existence and identity. Consequently, the respondent State should be afforded a wide margin of appreciation in that respect (see paragraphs 174-75 of the judgment).

**Article 8**

*Respect for private life – Prohibition on donating embryos obtained from in vitro fertilisation to scientific research – Applicability – Right to self-determination – Aim of protecting morals and the rights and freedoms of others – Right not one of the core protected rights – Wide margin of appreciation – Delicate moral and ethical questions – Lack of European consensus – Limits aimed at tempering excesses – Account taken of the different interests at stake during the drafting process of the law in question – Desire to contribute to scientific research did not directly affect the applicant – Necessary in a democratic society.*

\*

\* \*

*Facts*

In 2002 the applicant had recourse to assisted reproduction techniques, undergoing *in vitro* fertilisation (IVF) treatment with her partner in a centre for reproductive medicine (“the centre”). The five embryos obtained from the IVF treatment were placed in cryopreservation, but the applicant’s partner died before the embryos could be implanted. After deciding not to have them implanted, the applicant sought to donate them to scientific research and thus contribute to promoting advances in treatment for diseases that were difficult to cure.

---

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

Accordingly, she made a number of unsuccessful verbal requests for release of the embryos at the centre where they were being stored. In a letter of 14 December 2011, the applicant asked the Director of the centre to release the five cryopreserved embryos to her so that they could be used for stem-cell research. The Director refused to comply with her request on the ground that this type of research was banned and punishable as a criminal offence in Italy under section 13 of Law no. 40 of 19 February 2004 (“Law no. 40/2004”).

The embryos in question are currently stored in the cryogenic storage bank at the centre.

#### *Law*

(1) Article 8:

(a) *Applicability* – The Court was called upon for the first time to rule on the question whether the “right to respect for private life” guaranteed by Article 8 could encompass the right invoked before it, namely, to make use of embryos obtained from *in vitro* fertilisation for the purpose of donating them to scientific research.

The subject matter of the case concerned the restriction of the right asserted by the applicant to decide the fate of her embryos, a right which at the very most related to “private life”. In the cases examined by the Court that had raised the particular question of the fate of embryos obtained from assisted reproduction, the Court had had regard to the parties’ freedom of choice. The Italian legal system also attached importance to the freedom of choice of parties to *in vitro* fertilisation regarding the fate of embryos not destined for implantation.

In the instant case the Court also had to have regard to the link existing between the person who had undergone *in vitro* fertilisation and the embryos thus conceived, which link was due to the fact that the embryos contained the genetic material of the person in question and accordingly represented a constituent part of that person’s genetic material and biological identity.

Accordingly, the applicant’s ability to exercise a conscious and considered choice regarding the fate of her embryos concerned an intimate aspect of her personal life and accordingly related to her right to self-determination. Article 8, from the standpoint of the right to respect for private life, was therefore applicable in the present case.

(b) *Merits* – The statutory ban on donating to scientific research embryos obtained from an *in vitro* fertilisation and not destined for implantation constituted an interference with the applicant’s right to respect for her private life. At the time when the applicant had had recourse to *in vitro* fertilisation there had been no legal provisions regulating the donation of non-implanted embryos obtained by that technique. Consequently, before Law no. 40/2004 came into force the applicant had not in any way been prevented from donating her embryos to scientific research. The Court acknowledged that the “protection of the embryo’s potential for life” could be linked to the aim of protecting morals and the rights and freedoms of

others. However, this did not involve any assessment by the Court as to whether the word “others” extended to human embryos, in the terms in which this concept was meant by the Government, who had observed that, in the Italian legal system, the human embryo was considered as a subject of law entitled to the respect due to human dignity.

While the right invoked by the applicant to donate embryos to scientific research was important, it was not one of the core rights attracting the protection of Article 8 of the Convention as it did not concern a particularly important aspect of the applicant’s existence and identity. Consequently, and having regard to the principles established in its case-law, the Court considered that the respondent State should be afforded a wide margin of appreciation in the present case.

Furthermore, the question of the donation of embryos not destined for implantation clearly raised delicate moral and ethical questions. There was no European consensus on the subject, with some States permitting research on human embryonic cell lines, others expressly prohibiting it, and others permitting this type of research only under certain strict conditions, requiring for example that the purpose be to protect the embryo’s health or that the research use cells imported from abroad.

The international instruments confirmed that the domestic authorities enjoyed a broad margin of discretion to enact restrictive legislation where the destruction of human embryos was at stake. The limits imposed at European level aimed rather to temper excesses in this area.

The drafting of Law no. 40/2004 had given rise to substantial discussion that had taken account of the different scientific and ethical opinions and questions on the subject. It had been the subject of several referendums, which had been declared invalid for failure to reach the required threshold of votes cast. Accordingly, during the drafting process of Law no. 40/2004 the legislature had already taken account of the different interests at stake, particularly the State’s interest in protecting the embryo and that of the persons concerned in exercising their right to individual self-determination in the form of donating their embryos to research.

In support of her submission that the interference complained of was disproportionate, the applicant alleged that the Italian legislation on medically assisted reproduction was inconsistent. The Court’s task was not to review the consistency of the Italian legislation in the abstract. In order to be relevant for the purposes of the Court’s analysis, the inconsistencies complained of by the applicant had to relate to the subject of the complaint that she had raised before the Court, namely, the restriction of her right to self-determination regarding the fate of her embryos.

With regard to the research carried out in Italy on imported embryonic cell lines taken from embryos that had been destroyed abroad, while the right asserted by the applicant to decide the fate of her embryos related to her wish to contribute to scientific research, that could not however be seen as a circumstance directly affecting her. Furthermore, the embryonic cell lines used in Italian laboratories for

research purposes were never produced at the request of the Italian authorities. Accordingly, the deliberate and active destruction of a human embryo could not be compared with the use of cell lines obtained from human embryos destroyed at an earlier stage.

Even supposing that there were inconsistencies in the legislation as alleged by the applicant, these were not capable of directly affecting the right invoked by her in the instant case.

Lastly, the choice to donate the embryos in question to scientific research emanated from the applicant alone, since her partner was dead. There was no evidence that her partner, who had had the same interest in the embryos in question as the applicant at the time of fertilisation, would have made the same choice. Moreover, there were no regulations governing this situation at domestic level.

Accordingly, the Government had not overstepped the wide margin of appreciation enjoyed by them in the present case and the ban in question had been necessary in a democratic society.

*Conclusion:* no violation (sixteen votes to one).

(2) Article 1 of Protocol No. 1: With regard to the applicability of Article 1 of Protocol No. 1 to the facts of the case, the parties had diametrically opposed views on the matter, especially regarding the status of the human embryo *in vitro*. However, it was not necessary to examine here the sensitive and controversial question of when human life began as Article 2 of the Convention was not in issue in the instant case.

With regard to Article 1 of Protocol No. 1, it did not apply to the present case. Having regard to the economic and pecuniary scope of that Article, human embryos could not be reduced to “possessions” within the meaning of that provision. This part of the application was therefore rejected as incompatible *ratione materiae*.

*Conclusion:* inadmissible (unanimously).

### Case-law cited by the Court

- A, B and C v. Ireland* [GC], no. 25579/05, ECHR 2010  
*Beyeler v. Italy* [GC], no. 33202/96, ECHR 2000-I  
*Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, ECHR 2004-V  
*Brozicek v. Italy*, 19 December 1989, Series A no. 167  
*C.G.I.L. and Cofferati v. Italy*, no. 46967/07, 24 February 2009  
*Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI  
*Çınar v. Turkey*, no. 17864/91, Commission decision of 5 September 1994, Decisions and Reports 79-B  
*Costa and Pavan v. Italy*, no. 54270/10, 28 August 2012  
*Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, ECHR 2007-V  
*Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, Series A no. 45  
*Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, ECHR 2007-I  
*Fretté v. France*, no. 36515/97, ECHR 2002-I

- Gratzinger and Gratzingerova v. the Czech Republic* (dec.) [GC], no. 39794/98, ECHR 2002-VII
- Grišankova and Grišankovs v. Latvia* (dec.), no. 36117/02, ECHR 2003-II
- Hasan Uzun v. Turkey* (dec.), no. 10755/13, 30 April 2013
- Iatridis v. Greece* [GC], no. 31107/96, ECHR 1999-II
- Immobiliare Saffi v. Italy* [GC], no. 22774/93, ECHR 1999-V
- K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, ECHR 2001-VII
- Knecht v. Romania*, no. 10048/10, 2 October 2012
- Koçintar v. Turkey* (dec.), no. 77429/12, 1 July 2014
- Kopecký v. Slovakia* [GC], no. 44912/98, ECHR 2004-IX
- Kutzner v. Germany*, no. 46544/99, ECHR 2002-I
- Leandro Da Silva v. Luxembourg*, no. 30273/07, 11 February 2010
- M.C. and Others v. Italy*, no. 5376/11, 3 September 2013
- McFarlane v. Ireland* [GC], no. 31333/06, 10 September 2010
- Melnītis v. Latvia*, no. 30779/05, 28 February 2012
- Mifsud v. France* (dec.) [GC], no. 57220/00, ECHR 2002-VIII
- Norris v. Ireland*, 26 October 1988, Series A no. 142
- Olsson v. Sweden* (no. 1), 24 March 1988, Series A no. 130
- P., C. and S. v. the United Kingdom*, no. 56547/00, ECHR 2002-VI
- Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, ECHR 2002-III
- S.A.S. v. France* [GC], no. 43835/11, ECHR 2014
- S.B. and Others v. Belgium* (dec.), no. 63403/00, 6 April 2004
- S.H. and Others v. Austria* [GC], no. 57813/00, ECHR 2011
- Scoppola v. Italy* (no. 2) [GC], no. 10249/03, 17 September 2009
- Union Alimentaria Sanders S.A. v. Spain*, no. 11681/85, Commission decision of 11 December 1987 Decisions and Reports 54
- Vallianatos and Others v. Greece* [GC], nos. 29381/09 and 32684/09, 7 November 2013
- Vučković and Others v. Serbia* (preliminary objection) [GC], nos. 17153/11 and 29 others, 25 March 2014
- W. v. Germany*, no. 10785/84, Commission decision of 18 July 1986, Decisions and Reports 48
- X, Y and Z v. the United Kingdom*, 22 April 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-II



**In the case of Parrillo v. Italy,**

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

Dean Spielmann, *President*,  
Josep Casadevall,  
Guido Raimondi,  
Mark Villiger,  
Isabelle Berro,  
Ineta Ziemele,  
George Nicolaou,  
Andr as Saj o,  
Ann Power-Forde,  
Neboj sa Vu cini c,  
Ganna Yudkivska,  
Vincent A. De Gaetano,  
Julia Laffranque,  
Paulo Pinto de Albuquerque,  
Helen Keller,  
Faris Vehabovi c,  
Dmitry Dedov, *judges*,

and Johan Callewaert, *Deputy Grand Chamber Registrar*,

Having deliberated in private on 18 June 2014 and 22 April 2015,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 46470/11) against the Italian Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by an Italian national, Ms Adelina Parrillo (“the applicant”), on 26 July 2011.

2. The applicant was represented by Mr N. Paoletti, Ms C. Sartori and Ms N. Paoletti, lawyers practising in Rome. The Italian Government (“the Government”) were represented by their co-Agents, Ms P. Accardo and Mr G. Mauro Pellegrini.

3. The applicant alleged, in particular, that the ban (under section 13 of Law no. 40 of 19 February 2004) on donating to scientific research embryos conceived through medically assisted reproduction was incompatible with her right to respect for her private life and her right to the peaceful

enjoyment of her possessions guaranteed under Article 8 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1. She also complained of a violation of freedom of expression guaranteed under Article 10 of the Convention, of which scientific research was, in her submission, a fundamental aspect.

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

5. On 28 May 2013 notice of the complaints under Article 8 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1 was given to the Government and the remainder of the application was declared inadmissible.

6. On 28 January 2014 a Chamber of the Second Section composed of Işıl Karakaş, President, Guido Raimondi, Peer Lorenzen, Dragoljub Popović, András Sajó, Nebojša Vučinić and Paulo Pinto de Albuquerque, judges, and Stanley Naismith, Section Registrar, relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber, neither of the parties having objected to relinquishment (Article 30 of the Convention and Rule 72).

7. The composition of the Grand Chamber was determined in accordance with Article 26 §§ 4 and 5 of the Convention and Rule 24.

8. The applicant and the Government each filed observations on the admissibility and merits of the application.

9. The European Center for Law and Justice, the associations Movimento per la vita, Scienza e vita, Forum delle associazioni familiari, Luca Coscioni, Amica Cicogna Onlus, L'Altra Cicogna Onlus, Cerco Un Bimbo, VOX – Osservatorio italiano sui Diritti, SIFES (Society of Fertility, Sterility and Reproductive Medicine) and Cittadinanzattiva and forty-six members of the Italian Parliament were given leave to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3).

10. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 18 June 2014 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Ms P. Accardo,

Mr G. Mauro Pellegrini,

Ms A. Morresi, member of the National Bioethics Committee and professor of physical chemistry at the Department of Chemistry, Biology and Biotechnology, Perugia University,

Ms D. Fehily, inspector and technical adviser at the National Transplantation Centre, Rome

*Co-Agents,*

*Advisers;*

(b) *for the applicant*

Mr N. Paoletti,

Ms C. Sartori,

Ms N. Paoletti,

*Counsel;*

Mr M. De Luca, professor of biochemistry  
and Director of the Centre for Regenerative  
Medicine “Stefano Ferrari”, University of Modena  
and Reggio Emilia

*Adviser.*

The Court heard addresses by Ms Accardo, Ms Morresi, Mr Paoletti, Mr De Luca and Ms Sartori, and answers to questions by judges from Ms Accardo, Mr Mauro Pellegrini, Mr De Luca, Ms Paoletti and Mr Paoletti.

## THE FACTS

## I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

11. The applicant was born in 1954 and lives in Rome.

12. In 2002 she had recourse to assisted reproduction techniques, undergoing *in vitro* fertilisation (IVF) treatment with her partner at the Centre for reproductive medicine at the European Hospital (“the centre”) in Rome. The five embryos obtained from the IVF treatment were placed in cryopreservation.

13. Before the embryos could be implanted the applicant’s partner died, on 12 November 2003, in a bomb attack in Nasiriya (Iraq) while he was reporting on the war.

14. After deciding not to have the embryos implanted, the applicant sought to donate them to scientific research and thus contribute to promoting advances in treatment for diseases that are difficult to cure.

15. According to the information provided at the hearing before the Grand Chamber, the applicant made a number of unsuccessful verbal requests for release of the embryos at the centre where they were being stored.

16. In a letter of 14 December 2011, the applicant asked the Director of the centre to release the five cryopreserved embryos so that they could be used for stem-cell research. The Director refused to comply with her request on the ground that this type of research was banned and punishable as a criminal offence in Italy under section 13 of Law no. 40 of 19 February 2004 (“Law no. 40/2004”).

17. The embryos in question are currently stored in the cryogenic storage bank at the centre where the IVF treatment was carried out.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

### A. Law no. 40 of 19 February 2004, in force since 10 March 2004 (“Rules governing medically assisted fertilisation”)

#### Section 1 – Purpose

“(1) In order to remedy reproductive problems arising as a result of human sterility or infertility, recourse may be had to medically assisted reproduction in the conditions and in accordance with the procedures provided for by this Law, which guarantees the rights of all the persons concerned, including those of the subject thus conceived.”

#### Section 5 – Conditions of access

“... [only] couples [composed of persons] who have reached the age of majority, are of opposite sex, are married or cohabiting, are of reproductive age and living may have recourse to assisted reproduction techniques.”

#### Section 13 – Experiments on human embryos

“(1) It is forbidden to experiment on a human embryo.

(2) Clinical and experimental research on a human embryo shall be authorised only on condition that it is performed exclusively for therapeutic or diagnostic purposes with the aim of protecting the health and development of the embryo and that no alternative methods exist.

...

(4) Anyone who infringes the prohibition provided for in subsection 1 shall be liable to a term of imprisonment ranging from two to six years and to a fine of 50,000 to 150,000 euros. ...

(5) Any health professional convicted of an offence provided for in this section shall be debarred from practising medicine for one to three years.”

#### Section 14 – Limits on application of technology to embryos

“(1) The cryopreservation or destruction of embryos is forbidden, without prejudice to the provisions of Law no. 194 of 22 May 1978 [rules on social protection of maternity and voluntary termination of pregnancy].

(2) Embryo production techniques shall not result in the creation of a higher number of embryos than that strictly required for a single and simultaneous implantation and in no circumstances shall more than three embryos be created.

(3) Where the embryos cannot be implanted into the uterus for reasons of serious and proven *force majeure* affecting the state of health of the woman concerned which were unforeseeable at the time of fertilisation, cryopreservation of the embryos shall be authorised until the date of transfer, which shall be effected as soon as possible.”

18. By judgment no. 151 of 1 April 2009 (see paragraphs 29-31 below), the Constitutional Court declared unconstitutional the provision in

section 14(2) of Law no. 40/2004 according to which embryo production techniques must not result in the creation of a higher number of embryos than that strictly required for “a single and simultaneous implantation and in no circumstances shall more than three embryos be created”. It also declared section 14(3) unconstitutional on the ground that it did not provide that the transfer of the embryos should be performed without jeopardising the woman’s health.

**B. Opinion of the National Bioethics Committee on adoption for birth (“ADP”) (18 November 2005)**

19. Following the enactment of Law no. 40/2004, the National Bioethics Committee examined the issue of the fate of abandoned cryopreserved embryos, the Law making no specific provision in this regard but implicitly banning the use of surplus embryos for scientific research.

20. In that connection the Committee issued an opinion in favour of “adoption for birth”, a practice enabling a couple or a woman to adopt surplus embryos for implantation and thus allowing the embryos in question to be used for the purposes of bringing them to life and starting a family.

**C. Ministry of Health decree of 11 April 2008 (“Explanatory notes on assisted reproduction”)**

“... Cryopreservation of embryos: ... There are two categories of embryos amenable to cryopreservation: the first is embryos that are awaiting implantation, including those that were cryopreserved prior to the entry into force of Law no. 40 of 2004; the second is embryos that have been certified as abandoned ...”

**D. Final report of the “Study Commission on embryos” of 8 January 2010**

21. By a decree of 25 June 2009, the Ministry of Health appointed a Study Commission on embryos stored in cryopreserved form in assisted reproduction centres. The following is a passage from the final report by that Commission, adopted by a majority on 8 January 2010.

“The legal ban on the destruction of embryos is to be understood as prohibiting the interruption of cryopreservation other than in two cases: where the thawed embryo can be implanted in the uterus of the mother or another woman willing to have it implanted; or where natural death or permanent loss of viability as an organism can be medically certified. In the light of current [scientific] knowledge, the viability of an embryo cannot be certified unless it has been thawed, thus creating the paradoxical situation in which, once thawed, an embryo cannot be frozen a second time and if it is not immediately implanted into the uterus death will inevitably ensue. Hence, a tutionist prospect of frozen embryos being stored for an indeterminate period. However, it can be assumed that advances in scientific research will make it possible to determine

the criteria and methods for diagnosing death, or in any event loss of viability, of cryopreserved embryos. It will thus be possible to overcome the present – and legally inevitable – paradox of potentially indefinite cryopreservation. Pending those results, [it should be reaffirmed that] the explicit ban under section 14 of Law no. 40 of 2004 on the destruction of embryos, including therefore frozen embryos, cannot be ignored. That is not all, for as regards the fate of surplus embryos, the authors of Law no. 40 opted for their storage and not their destruction, thus establishing as a principle that they should be kept alive even where their fate is uncertain.”

## **E. The Constitution of the Italian Republic**

22. The relevant Articles of the Constitution provide as follows.

### **Article 9**

“The Republic promotes the development of culture and of scientific and technical research. ...”

### **Article 32**

“The Republic safeguards health as a fundamental right of the individual and as a collective interest. ...”

### **Article 117**

“Legislative power is exercised by the State and the Regions in compliance with the Constitution and the constraints deriving from the Community legal order and international obligations. ...”

## **F. Constitutional Court judgments nos. 348 and 349 of 24 October 2007**

23. These judgments address questions raised by the Court of Cassation and an appellate court regarding the compatibility of Legislative Decree no. 333 of 11 July 1992 on the criteria for calculating expropriation compensation with the Constitution and with Article 6 § 1 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1. They take account of the Court’s Grand Chamber judgment in *Scordino v. Italy (no. 1)* [GC], no. 36813/97, ECHR 2006-V.

24. In these judgments, after reiterating the legislature’s obligation to comply with international obligations (Article 117 of the Constitution), the Constitutional Court defined the place assigned to the European Convention on Human Rights in the Italian legal system, stating that it was of intermediate rank between an ordinary law and the Constitution. The Constitutional Court also stated that the courts below had to interpret rules of domestic law in a manner compliant with the Convention and the Court’s case-law (judgment no. 349, point 6.2, see paragraph 26 below) and that, where such an interpretation was impossible or the courts below

doubted the compatibility of the domestic law with the Convention, they had to raise a question of constitutionality before the Constitutional Court.

25. The relevant passages of judgment no. 348 of 24 October 2007 read as follows.

“4.2. ... It is necessary to define the rank and role of the provisions of the European Convention on Human Rights with a view to determining, in the light of [Article 117 of the Constitution], their impact on the Italian legal order. ...

4.3. While on the one hand [these provisions] complement the protection of fundamental rights, and therefore supplement the values and fundamental principles protected by the Italian Constitution itself, on the other hand they maintain their formal status as simple sources of ordinary legislation. ...

Today the Constitutional Court is called upon to clarify the normative and institutional question [referred to above], which has significant practical implications for the everyday work of legal practitioners. ...

The ordinary courts do not have the power to set aside ordinary legislation conflicting with the European Convention on Human Rights, since the alleged incompatibility between the two raises a question of constitutionality regarding a possible violation of Article 117 § 1 of the Constitution and [thus] falls within the exclusive jurisdiction of the Constitutional Court. ...

4.5. ... The principle enshrined in Article 117 § 1 of the Constitution will only become operative in practice if ‘the international law obligations’ binding on the legislative powers of the State and the Regions are duly specified. ...

4.6. Compared with other international law treaties, the European Convention on Human Rights has the particular feature of having instituted the jurisdiction of a court, the European Court of Human Rights, which is assigned the role of interpreting the provisions of the Convention. Article 32 § 1 [of the Convention] provides: ‘The jurisdiction of the Court shall extend to all matters concerning the interpretation and application of the Convention and the Protocols thereto which are referred to it as provided in Articles 33, 34, 46 and 47.’

Since legal provisions acquire meaning [*vivono*] through the interpretation which is given to them by legal practitioners, and in the first place the courts, the natural consequence of Article 32 § 1 of the Convention is that the international law obligations undertaken by Italy in signing and ratifying the European Convention on Human Rights include the duty to bring its own legislation into line with the provisions of the Convention in accordance with the meaning attributed to these by the [European] Court [of Human Rights], which was specifically set up to interpret and apply those provisions. It is therefore not correct to speak of a jurisdictional competence that operates in addition to that of the Italian courts, but rather of a pre-eminent interpretative role which the signatory States have recognised in the European Court, thus contributing to clarifying their international law obligations in that particular area.

4.7. It should not be inferred from the foregoing that the provisions of the European Convention on Human Rights, as interpreted by the Strasbourg Court, have the force of constitutional law and thus escape scrutiny by this court of their constitutional legitimacy. It is precisely because the provisions in question supplement constitutional principles, while remaining of lower rank, that it is necessary that they be in conformity with the Constitution. ...

Since, as stated above, the provisions of the European Convention on Human Rights acquire meaning through the interpretation given to them by the European Court, scrutiny of their constitutionality must give consideration to the norms that result from that interpretation, and not the provisions considered in themselves. Moreover, the judgments of the Strasbourg Court are not unconditionally binding for the purposes of reviewing the constitutionality of national laws. This review must always be a balancing exercise between the constraints arising from international law obligations, as imposed by Article 117 § 1 of the Constitution, and the constitutionally protected interests enshrined in other Articles of the Constitution. ...

5. In the light of the methodological principles set out above, the constitutional review requested by the referring court must be carried out in such a way as to ascertain: (a) whether there is actually a conflict that cannot be resolved through interpretation between the domestic provision in question and the provisions of the European Convention on Human Rights, as interpreted by the European Court and regarded as a source supplementing the constitutional principle contained in Article 117 § 1, and (b) whether the provisions of the European Convention on Human Rights integrating that principle, and understood according to their interpretation by the [European] Court, are compatible with the Italian constitutional order. ...”

26. The relevant parts of judgment no. 349 of 24 October 2007 read as follows.

“6.2. ... [The principle laid down] in Article 117 § 1 of the Constitution [does not mean] that the provisions laid down in international agreements and implemented by ordinary legislation, as is the case for the provisions of the European Convention on Human Rights, must be regarded as having constitutional status. As the constitutional principle in issue imposes a duty on the legislature to comply with those provisions, any national provision incompatible with the European Convention on Human Rights and thus with the ‘international law obligations’ referred to in Article 117 § 1 would *ipso facto* violate this constitutional principle. Article 117 § 1 ultimately creates a reference to Convention provisions which may be relevant in a particular case, giving life [*dà vita*] and substantive content to the international law obligations evoked generally and to the [underlying constitutional] principle, such as to be generally classified as ‘interposed provisions’, and which in turn are reviewed in terms of their compatibility with the Constitution, as will be discussed below.

It follows that it is a matter for the ordinary courts to interpret national law in conformity with the international legal provision in question ... Where this is not possible, or where the court doubts the compatibility of the national law with the ‘interposed’ Convention provision, it must raise a question of constitutionality before the Constitutional Court in the light of Article 117 § 1 of the Constitution ...

Regarding the European Convention on Human Rights, consideration must be given to its special nature compared with other international agreements since it goes further than simply listing reciprocal rights and duties of the signatory States. The latter have created a system for the uniform protection of fundamental rights. The application and interpretation of that system is naturally in the first instance a matter for the courts of the member States, which are the ordinary courts in relation to Convention law. Definitive uniformity in application is on the other hand guaranteed by the centralised interpretation of the European Convention on Human Rights – a task assigned to the European Court of Human Rights in Strasbourg, which has the last word and the jurisdiction of which ‘shall extend to all matters concerning the interpretation and application of the Convention and the Protocols thereto which are referred to it as provided [therein]’ (Article 32 § 1 of the Convention). ...

The Constitutional Court and the Strasbourg Court ultimately have different roles, even though both share the same objective of protecting as effectively as possible fundamental rights. The interpretation of the Rome Convention and of the Protocols is a matter for the Strasbourg Court, which guarantees the application of a uniform level of protection throughout the member States.

However, where a question is raised before the Constitutional Court regarding the constitutionality of a national provision in the light of Article 117 § 1 of the Constitution in respect of an incompatibility – insurmountable through interpretation – with one or more provisions of the European Convention on Human Rights, it is incumbent on this Court to determine whether there actually is an incompatibility and [where one is found to exist] to verify whether the actual provisions of the European Convention on Human Rights, as interpreted by the Strasbourg Court, guarantee a protection of fundamental rights that is at least equivalent to the level guaranteed by the Italian Constitution.

This does not require an assessment of the interpretation by the Strasbourg Court of a provision of the European Convention on Human Rights ... but verification as to whether that provision, as interpreted by the court expressly charged with that task by the member States, is compatible with the relevant constitutional provisions. Accordingly, a correct balance will be struck between the duty imposed by the Constitution to guarantee respect for international obligations and the need to prevent this resulting in a breach of the Constitution itself.”

## **G. The case-law of the Constitutional Court**

### *1. Constitutional Court Order no. 369 of 24 October 2006*

27. In this Order the Constitutional Court declared inadmissible a question of constitutionality raised by the Cagliari Court in respect of section 13 of Law no. 40/2004, which bans the use of pre-implantation diagnosis.

28. In ruling thus the Constitutional Court observed that the court referring the question for a preliminary ruling had confined itself to raising the question of the constitutionality of section 13 alone of Law no. 40/2004

whereas, according to the terms of the application for a preliminary ruling, other provisions of the same Law also had the effect of banning pre-implantation diagnosis, particularly section 14(3).

*2. Constitutional Court judgment no. 151 of 1 April 2009*

29. This judgment concerns the constitutionality of the provisions of section 14(2) and section 14(3) of Law no. 40/2004, which provide for the creation of a limited number of embryos (maximum of three) and the obligation to implant them simultaneously and also prohibit the cryopreservation of surplus embryos.

30. The Constitutional Court held that the subsections in question were unconstitutional because they jeopardised women's health by obliging them to undergo several cycles of ovarian stimulation and also to expose themselves to the risk of multiple pregnancies on account of the prohibition on selective abortion.

31. The judgment does not make any reference to the European Convention on Human Rights. Nor was the Convention cited by the referring courts (Lazio Regional Administrative Court and Florence Court).

*3. Constitutional Court Order no. 97 of 8 March 2010*

32. In this Order the Constitutional Court declared inadmissible the questions of constitutionality that the Milan Court had raised before it, as those questions had already been dealt with in its judgment no. 151/2009.

*4. Constitutional Court Order no. 150 of 22 May 2012*

33. In this Order, which referred to *S.H. and Others v. Austria* ([GC], no. 57813/00, ECHR 2011), the Constitutional Court remitted to the lower court the case brought before it concerning the ban on heterologous fertilisation laid down in Law no. 40/2004.

*5. Constitutional Court judgment no. 162 of 10 June 2014*

34. This judgment concerns the constitutionality of the blanket ban on access to heterologous fertilisation in the event of medically established sterility or infertility, as provided for in Law no. 40/2004.

35. Three courts of ordinary jurisdiction had sought a preliminary ruling from the Constitutional Court regarding the question whether the Law in issue was compatible with Articles 2 (inviolable rights), 3 (principle of equality), 29 (rights of the family), 31 (State's obligations to protect rights of the family) and 32 (right to health) of the Constitution. One of those courts – the Milan Court – had also asked the Constitutional Court

to rule on the compatibility of the Law in issue with Articles 8 and 14 of the Convention.

36. The Constitutional Court ruled the relevant legislative provisions unconstitutional.

37. It held in particular that the choice of the applicants in the proceedings to become parents and found a family with children was an aspect of their freedom of self-determination regarding the sphere of their private and family life which attracted the protection of Articles 2, 3 and 31 of the Constitution. It also observed that persons who were totally sterile or infertile had a right to protection of their health (Article 32 of the Constitution).

38. It found that, while the rights in question could be the subject of restrictions based on ethical considerations, those restrictions could not amount to a blanket ban unless it were otherwise impossible to protect other constitutionally guaranteed freedoms.

39. With regard to the compatibility of the legislative provisions in issue with Articles 8 and 14 of the Convention, the Constitutional Court confined itself to observing that the questions in that regard had been covered in the conclusions it had reached on the constitutionality of the provisions in issue (see above).

## **H. Orders of the domestic courts regarding access to pre-implantation diagnosis**

### *1. Cagliari Court Order of 22 September 2007*

40. In this Order the Cagliari Court observed that the claimants had first instituted urgent proceedings in the context of which a question of constitutionality had been raised. It added that this question had then been declared inadmissible by Order no. 369 of the Constitutional Court adopted on 24 October 2006 (see paragraphs 27-28 above), which had therefore not provided any guidance regarding the interpretation to be given to domestic law in the light of the Constitution.

41. With regard to the civil proceedings brought before it, the court pointed out that there was no explicit ban under domestic law on access to pre-implantation diagnosis, and that interpreting the Law in such a way as to construe that a ban existed would have been contrary to the claimants' right to be duly informed of the medical treatment that they sought to undergo.

42. Furthermore, it noted that a ban on pre-implantation diagnosis had been introduced subsequently by secondary legislation, namely, Ministry of Health Decree no. 15165 of 21 July 2004 (particularly the part providing

that “tests to determine the state of health of embryos created *in vitro*, within the meaning of section 14(5) [of Law no. 40 of 2004], cannot be carried out for purposes other than observation of those embryos (“*dovrà essere di tipo osservazionale*”). It held that this was contrary to the principle of legality and the Council of Europe’s Oviedo Convention.

43. It observed, lastly, that interpreting Law no. 40/2004 so as to allow access to pre-implantation diagnosis was consonant with the right to health accorded to the mother. Consequently, it granted the claimants access to pre-implantation diagnosis.

2. *Florence Court Order of 17 December 2007*

44. In this Order the Florence Court referred to the Order of the Cagliari Court cited above and stated that it agreed with its interpretation of the domestic law. Accordingly, it granted the claimants access to pre-implantation diagnosis.

3. *Bologna Court Order of 29 June 2009*

45. In this Order the Bologna Court granted the claimants access to pre-implantation diagnosis, stating that this was consonant with the protection of women’s health recognised by the Constitutional Court’s interpretation of domestic law in its judgment no. 151 of 1 April 2009 (see paragraphs 29-31 above).

4. *Salerno Court Order of 9 January 2010*

46. In this Order, adopted following urgent proceedings, the Salerno Court referred to the new developments introduced by Ministry of Health Decree no. 31639 of 11 April 2008, namely the fact that tests to determine the state of health of embryos created *in vitro* were no longer limited to observation of those embryos and that access to assisted reproduction was authorised for couples where the man was a carrier of sexually transmitted viral diseases.

47. It concluded that pre-implantation diagnosis had to be regarded as just one of the antenatal treatment techniques designed to determine the state of health of the embryo.

48. Consequently, it authorised pre-implantation diagnosis of the claimants’ embryo *in vitro*.

5. *Cagliari Court Order of 9 November 2012*

49. In this Order the Cagliari Court referred to the reasoning in the above-cited Orders. It indicated, further, that judgments nos. 348 and 349

delivered by the Constitutional Court on 24 October 2007 showed that interpreting the law with a view to guaranteeing access to pre-implantation diagnosis was compatible with the European Convention on Human Rights, especially having regard to the judgment delivered by the Strasbourg Court in *Costa and Pavan v. Italy* (no. 54270/10, 28 August 2012).

6. *Rome Court Order of 15 January 2014*

50. In this Order the court raised the question of the constitutionality of sections 1(1) and (2) and 4(1) of Law no. 40/2004, which prohibit couples who are neither sterile nor infertile from using assisted reproduction techniques with a view to obtaining a pre-implantation diagnosis. The court also considered the matter from the standpoint of Articles 8 and 14 of the Convention.

51. While having regard to the judgment in *Costa and Pavan* (cited above), it found that the Law should not be interpreted extensively, since it did expressly provide that access to assisted reproduction techniques was reserved to sterile or infertile couples.

**I. Question of the constitutionality of section 13 of Law no. 40/2004 raised by the Florence Court**

52. In a decision of 7 December 2012, the Florence Court raised the question of the constitutionality of the ban under section 13 of Law no. 40/2004 on donating surplus embryos to scientific research with regard to Articles 9 and 32 of the Constitution, which guarantee freedom of scientific research and the right to health respectively.

53. On 19 March 2014 the President of the Constitutional Court adjourned its examination of the case pending the decision of the Grand Chamber in the present application, *Parrillo v. Italy* (no. 46470/11).

III. COUNCIL OF EUROPE DOCUMENTS

**A. Recommendation 1046 (1986) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on the use of human embryos and foetuses for diagnostic, therapeutic, scientific, industrial and commercial purposes**

“ ...

6. Aware that the progress [of medical science and technology] has made the legal position of the embryo and foetus particularly precarious, and that their legal status is at present not defined by law;

7. Aware that adequate provisions governing the use of living or dead embryos and foetuses do not at present exist;

8. Convinced that, in view of scientific progress which makes it possible to intervene in developing human life from the moment of fertilisation, it is urgent to define the extent of its legal protection;

9. Having regard to the variety of ethical opinions on the question of using the embryo or the foetus or their tissues, and to the conflicts between values which arise;

10. Considering that human embryos and foetuses must be treated in all circumstances with the respect due to human dignity, and that use of materials and tissues therefrom must be strictly limited and regulated ... to purposes which are clearly therapeutic and for which no other means exist;

...

13. Stressing the need for European co-operation,

14. [The Parliamentary Assembly r]ecommends that the Committee of Ministers:

a. call on the governments of the member states:

...

14.1.2. to limit the use of human embryos and foetuses and materials and tissues therefrom in an industrial context to purposes which are strictly therapeutic and for which no other means exist, according to the principles set out in the appendix, and to bring their legislation into line with these principles or to enact rules in accordance therewith which should inter alia specify the conditions in which removal and use may be undertaken for a diagnostic or therapeutic purpose;

14.1.3. to forbid any creation of human embryos by fertilisation in vitro for the purposes of research during their life or after death;

14.1.4. to forbid anything that could be considered as undesirable use or deviations of these techniques, including:

...

research on viable human embryos;

experimentation on living human embryos, whether viable or not;

...”

## **B. Recommendation 1100 (1989) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on the use of human embryos and foetuses in scientific research**

“ ...

7. Considering that the human embryo, though displaying successive phases in its development ... displays also a progressive differentiation as an organism and none the less maintains a continuous biological and genetic identity;

8. Recalling the need for European co-operation and for the widest possible regulation in order to overcome the contradictions, risks and foreseeable shortcomings of exclusively national standards in these fields,

...”

54. The relevant passages of the Appendix to that Recommendation read as follows.

“B. On live pre-implantation embryos:

4. In accordance with Recommendations 934 (1982) and 1046 (1986), investigations of viable embryos in vitro shall only be permitted:

*for applied purposes of a diagnostic nature or for preventive or therapeutic purposes; if their non-pathological genetic heritage is not interfered with.*

5. ... research on living embryos must be prohibited, particularly:

*if the embryo is viable;*

*if it is possible to use an animal model;*

*if not foreseen within the framework of projects duly presented to and authorised by the appropriate public health or scientific authority or, by delegation, to and by the relevant national multidisciplinary committee;*

*if not within the time-limits laid down by the authorities mentioned above.*

...

H. Donation of human embryological material

20. The donation of human embryological material shall be authorised solely for scientific research on diagnostic, prevention or therapeutic purposes. Its sale shall be prohibited.

21. The intentional creation and/or keeping alive of embryos or foetuses whether in vitro or in utero for any scientific research purpose, for instance to obtain genetic material, cells, tissues or organs therefrom, shall be prohibited.

22. The donation and use of human embryological material shall be conditional on the freely given written consent of the donor parents.

23. The donation of organs shall be devoid of any commercial aspect. The purchase or sale of embryos or foetuses or parts thereof by their donor parents or other parties, and their importation or exportation, shall also be prohibited.

24. The donation and use of human embryological material for the manufacture of dangerous and exterminatory biological weapons shall be forbidden.

25. For the whole of this recommendation, ‘viable’ embryos shall be understood to mean embryos which are free of biological characteristics likely to prevent their development; however, the non-viability of human embryos and foetuses shall be

determined solely by objective biological criteria based on the embryo's intrinsic defects.”

**C. Council of Europe Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (Oviedo Convention) of 4 April 1997**

**Article 2 – Primacy of the human being**

“The interests and welfare of the human being shall prevail over the sole interest of society or science.”

**Article 18 – Research on embryos *in vitro***

“1. Where the law allows research on embryos *in vitro*, it shall ensure adequate protection of the embryo.

2. The creation of human embryos for research purposes is prohibited.”

**Article 27 – Wider protection**

“None of the provisions of this Convention shall be interpreted as limiting or otherwise affecting the possibility for a Party to grant a wider measure of protection with regard to the application of biology and medicine than is stipulated in this Convention.”

**D. Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Biomedical Research, of 25 January 2005**

**Article 2 – Scope**

“1. This Protocol covers the full range of research activities in the health field involving interventions on human beings.

2. This Protocol does not apply to research on embryos *in vitro*. It does apply to research on fetuses and embryos *in vivo*.

...”

**E. Report by the Working Party on the Protection of the Human Embryo and Fetus of the Steering Committee on Bioethics, published on 19 June 2003 – Conclusion**

“This report aimed at giving an overview of current positions found in Europe regarding the protection of the human embryo *in vitro* and the arguments supporting them.

It shows a broad consensus on the need for the protection of the embryo *in vitro*. However, the definition of the status of the embryo remains an area where fundamental differences are encountered, based on strong arguments. These differences largely form the basis of most divergences around the other issues related to the protection of the embryo *in vitro*.

Nevertheless, even if agreement cannot be reached on the status of the embryo, the possibility of re-examining certain issues in the light of the latest developments in the biomedical field and related potential therapeutic advances could be considered. In this context, while acknowledging and respecting the fundamental choices made by the different countries, it seems possible and desirable with regard to the need to protect the embryo *in vitro* on which all countries have agreed that common approaches be identified to ensure proper conditions for the application of procedures involving the creation and use of embryos *in vitro*. The purpose of this report is to aid reflection towards that objective.”

#### **F. Resolution 1352 (2003) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on human stem cell research**

“ ...

3. Human stem cells may be derived from a growing number of tissues and fluids from humans of any age and are not limited to embryonic sources.

...

5. The harvesting of embryonic stem cells for the time being necessitates the destruction of human embryos.

...

7. The Assembly points out that a number of embryonic human stem cell lines suitable for scientific research are already available worldwide.

...

10. The destruction of human beings for research purposes is against the right to life of all humans and against the moral ban on any instrumentalisation of humans.

11. Therefore the Assembly calls on member states:

11.1. to promote stem cell research as long as it respects the life of human beings in all states of their development;

11.2. to encourage scientific techniques that are not socially and ethically divisive in order to advance the use of cell pluripotency and develop new methods in regenerative medicine;

11.3. to sign and ratify the Oviedo Convention to make effective the prohibition of the production of human embryos for research;

11.4. to promote common European basic research programmes in the field of adult stem cells;

11.5. to ensure that, in countries where it is allowed, any research on stem cells involving the destruction of human embryos is duly authorised and monitored by the appropriate national bodies;

11.6. to respect the decision of countries not to take part in international research programmes which are against ethical values enshrined in national legislation and not to expect such countries to contribute either directly or indirectly to such research;

11.7. to give priority to the ethical aspects of research over those of a purely utilitarian and financial nature;

11.8. to promote the establishment of bodies where scientists and representatives from civil society can discuss different kinds of projects on human stem cell research with a view to strengthening transparency and democratic accountability.”

**G. Recommendation Rec(2006)4 of the Committee of Ministers to member states on research on biological materials of human origin, adopted by the Committee of Ministers on 15 March 2006**

55. This Recommendation, which does not apply to embryonic and foetal tissues (see Article 2, paragraph 3), aims to protect the fundamental rights of persons whose biological material might be used for a research project after having been removed and stored (i) for a specific research project prior to adoption of the Recommendation; (ii) for future unspecified research; or (iii) as residual material originally removed for clinical or forensic purposes. This Recommendation seeks, *inter alia*, to promote the establishment of practice guidelines on the part of the member States and to reduce to a minimum the risks related to research activities for the private life of the persons concerned. It also lays down rules about obtaining and collecting biological materials.

**H. Resolution 1934 (2013) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on ethics in science and technology**

“ ...

2. ... [T]he Assembly holds that more concerted ethical consideration should be given – at national, supranational and global levels – to the goals and purposes pursued by science and technology, to the instruments and methods they employ, to their possible consequences and side effects, and to the overall system of rules and behaviour within which they operate.

3. The Assembly believes that having a permanent structure for ethical reflection at the global level would make it possible to address ethical issues as a ‘moving target’, rather than fixing an ‘ethical code’, and enable a periodic re-questioning of even basic assumptions, such as the definition of ‘human identity’ or ‘human dignity’.

4. The Assembly welcomes the initiative of UNESCO in setting up the World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology (COMEST) with a view to engaging in ongoing ethical reflection and exploring the possibilities of drafting and periodically reviewing a set of fundamental ethical principles based on the Universal Declaration of Human Rights. It believes that the Council of Europe should contribute to this process.

5. In this respect, the Assembly recommends that the Secretary General of the Council of Europe consider establishing a flexible and informal structure for ethical reflection, through co-operation between relevant Assembly committees and members of relevant expert committees, including the Committee on Bioethics (DH-BIO), with a view to identifying emerging ethical issues and main ethical principles that could guide political and legal action in Europe.

6. To reinforce the common European framework of ethics in science and technology, the Assembly recommends that member States, which have not yet done so, sign and ratify the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (ETS No. 164, 'Oviedo Convention') and its protocols and fully engage in the work of the Committee on Bioethics.

...

10. The Assembly invites the European Union and UNESCO to co-operate with the Council of Europe to reinforce the common European framework of ethics in science and technology and, to this end:

10.1 create European and regional platforms to regularly exchange experiences and best practice covering all fields of science and technology, using the experience acquired in the framework of the European Conference of National Ethics Committees (COMETH) initiated by the Council of Europe, and more recently the Forum of National Ethics Councils (NEC Forum) funded by the European Commission, and the meetings of the Council of Europe Committee on Bioethics;

10.2 draft and periodically review a set of fundamental ethical principles to be applied to all fields of science and technology;

10.3 provide further guidance to help member States harmonise ethical rules and monitoring procedures, building on the positive impact of ethical requirements under the European Commission's Seventh Framework Programme for Research and Technological Development (2007-2013) (FP7)."

#### IV. RELEVANT EUROPEAN UNION LAW AND MATERIALS

##### **A. European Group on Ethics in Science and New Technologies (EGE) to the European Commission**

56. Set up by the European Commission in 1991, the EGE is an independent body composed of experts whose task is to advise the European Commission on ethical questions relating to science and new technologies.

The EGE has provided two opinions on the use of embryos *in vitro* for research purposes.

1. *Opinion no. 12: Ethical aspects of research involving the use of human embryo in the context of the 5th Framework Programme, 23 November 1998*

57. This opinion was published at the request of the European Commission following the proposal of the European Parliament to exclude research projects that resulted in the destruction of human embryos from Community funding in the context of the 5th Framework Programme. The relevant passages read as follows.

“2.6 ... [I]n the scope of European research programmes, the question of research on the human embryo has to be approached, not only with regard to the respect for fundamental ethical principles, common to all Member States, but equally taking into consideration diverse philosophical and ethical conceptions, expressed through the practices and the national regulations in force in this field.

...

2.8 In the light of the aforementioned principles and specifications, the Group considers that according to the ethical dimension of the Community’s Fifth Framework Programme Community funding should not a priori exclude human embryo research which is the object of different ethical choices in different countries ...”

2. *Opinion no. 15: Ethical aspects of human stem cell research and use, 14 November 2000*

58. The relevant parts of this opinion read as follows.

“2.3. **Pluralism and European ethics**

... In the context of European pluralism, it is up to each Member State to forbid or authorise embryo research. In the latter case, respect for human dignity requires regulation of embryo research and the provision of guarantees against risks of arbitrary experimentation and instrumentalisation of human embryos.

2.5. **Ethical Acceptability of the field of the research concerned**

The Group notes that in some countries embryo research is forbidden. But when this research is allowed, with the purpose of improving treatment for infertility, it is hard to see any specific argument which would prohibit extending the scope of such research in order to develop new treatments to cure severe diseases or injuries. As in the case of research on infertility, stem cell research aims to alleviate severe human suffering. In any case, the embryos that have been used for research are required to be destroyed. Consequently, there is no argument for excluding funding of this kind of research

from the Framework Programme of research of the European Union if it complies with ethical and legal requirements as defined in this programme.”

**B. Regulation (EC) No 1394/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on advanced therapy medicinal products and amending Directive 2001/83/EC and Regulation (EC) No 726/2004**

“ ...

(7) The regulation of advanced therapy medicinal products at Community level should not interfere with decisions made by Member States on whether to allow the use of any specific type of human cells, such as embryonic stem cells, or animal cells. It should also not affect the application of national legislation prohibiting or restricting the sale, supply or use of medicinal products containing, consisting of or derived from these cells.”

**C. Judgment of the Court of Justice of the European Union (CJEU) of 18 October 2011 (C-34/10 *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV*)**

59. In this judgment, delivered following a referral for a preliminary ruling from the German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*), the CJEU ruled on the interpretation to be given to Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions.

60. In issue was the part of the Directive which, tempering the principle that the use of human embryos for industrial or commercial purposes could not be patented, specified that this exclusion from patentability did not affect “inventions for therapeutic or diagnostic purposes which are applied to the human embryo and are useful to it”.

61. The CJEU observed that the purpose of the Directive in question was not to regulate the use of human embryos in the context of scientific research. It was limited to the patentability of biotechnological inventions. The CJEU then considered that inventions involving the use of human embryos continued to be excluded from patentability even where they purported to serve scientific research (those purposes being indistinguishable, where patents were concerned, from other industrial and commercial aims). The CJEU indicated at the same time that this exclusion did not affect inventions for therapeutic or diagnostic purposes which were applied to the human embryo and were useful to it.

## **D. European Union funding of research and technological development**

62. Since 1984 the European Union has provided funding for scientific research through framework programmes covering periods spanning several years.

63. The relevant parts of Decision No 1982/2006/EC of 18 December 2006 concerning the Seventh Framework Programme of the European Community for research, technological development and demonstration activities (2007-2013) read as follows.

### **Article 6 – Ethical principles**

“1. All the research activities carried out under the Seventh Framework Programme shall be carried out in compliance with fundamental ethical principles.

2. The following fields of research shall not be financed under this Framework Programme:

- research activity aiming at human cloning for reproductive purposes,
- research activity intended to modify the genetic heritage of human beings which could make such changes heritable,
- research activities intended to create human embryos solely for the purpose of research or for the purpose of stem cell procurement, including by means of somatic cell nuclear transfer.

3. Research on human stem cells, both adult and embryonic, may be financed, depending both on the contents of the scientific proposal and the legal framework of the Member State(s) involved.

...”

64. The relevant parts of Regulation (EU) No 1291/2013 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2013 establishing Horizon 2020 – the Framework Programme for Research and Innovation (2014-2020) and repealing Decision No 1982/2006/EC read as follows.

### **Article 19 – Ethical principles**

“1. All the research and innovation activities carried out under Horizon 2020 shall comply with ethical principles and relevant national, Union and international legislation, including the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights and its Supplementary Protocols.

...

3. The following fields of research shall not be financed:

- (a) research activity aiming at human cloning for reproductive purposes;

(b) research activity intended to modify the genetic heritage of human beings which could make such changes heritable;

(c) research activities intended to create human embryos solely for the purpose of research or for the purpose of stem cell procurement, including by means of somatic cell nuclear transfer.

4. Research on human stem cells, both adult and embryonic, may be financed, depending both on the contents of the scientific proposal and the legal framework of the Member States involved. No funding shall be granted for research activities that are prohibited in all the Member States. No activity shall be funded in a Member State where such activity is forbidden.

...”

**E. Communication from the European Commission  
on the European Citizens’ Initiative “One of Us”  
COM(2014) 355 final (Brussels, 28 May 2014)**

65. On 10 April 2014 the citizens’ initiative “One of Us” had proposed legislative amendments to exclude from European funding scientific projects involving the destruction of human embryos.

66. In its Communication of 28 May 2014, the European Commission stated that it could not uphold the request on the ground that its proposal to fund the projects in question took account of ethical considerations, potential health benefits and support at European Union level for stem-cell research.

**V. RELEVANT INTERNATIONAL LAW MATERIALS**

**A. Report of the Unesco International Bioethics  
Committee (IBC) on the ethical aspects of human  
embryonic stem cell research (6 April 2001)**

67. The relevant parts of the conclusions of this report read as follows.

“A. The IBC recognises that human embryonic stem cell research is a subject on which it is desirable for a debate to occur at national level to identify which position on this issue is to be adopted, including abstaining from this research. It urges that debates be conducted at appropriate national regulatory levels, enabling expression of a range of views, and whenever possible allowing a consensus to be reached on the limits of the permissible in this important new therapeutic research field. There should be an on-going process of education and information in this area. States should take appropriate measures to initiate an on-going dialogue within society on the ethical issues raised by such research, involving all actors concerned.

B. Whatever form of research involving embryos is allowed, steps should be taken to ensure that such research be carried out within the framework of a State-sponsored regulatory system that would give due weight to ethical considerations, and set up

appropriate guidelines. When authorisation of donations of supernumerary pre-implantation embryos from IVF treatments for therapeutic embryonic stem cell research is under consideration, particular attention should be given to the dignity and rights of both parental donors of embryos. Thus, it is essential that the donation be made only after the donors should have been given full information as to the implications of the research and have given their prior, free and informed consent. The purposes for which such research is carried out, and the way of its performance, should be subject to assessment by the appropriate ethics committees, which should be independent of the researchers involved. This assessment should include ex post facto ethical evaluation of such research.”

**B. Judgment of the Inter-American Court of Human Rights in *Artavia Murillo et al. (in vitro fertilization) v. Costa Rica* (preliminary objections, merits, reparations and costs), judgment of 28 November 2012, Series C No. 257**

68. In this case the Inter-American Court gave a ruling on the ban on carrying out *in vitro* fertilisation in Costa Rica. It held, *inter alia*, that an embryo could not be regarded as a “person” within the meaning of Article 4 § 1 of the American Convention on Human Rights (protecting the right to life), “conception” occurring only from the moment the embryo was implanted in the uterus.

VI. COMPARATIVE LAW MATERIALS

69. According to the information available to the Court on the legislation of forty member States<sup>1</sup> regarding the use of human embryos for scientific research, three countries (Belgium, Sweden and the United Kingdom) allow scientific research on human embryos and the creation of embryos for that purpose.

70. The creation of embryos for scientific research is banned in fourteen countries<sup>2</sup>. However, research using surplus embryos is generally allowed in those countries, subject to certain conditions.

71. Like Italy, three member States (Slovakia, Germany and Austria) prohibit scientific research on embryos in principle, and permit it in very restricted cases, such as for the protection of the health of the embryo or where the research is carried out on cell lines imported from abroad.

1. Andorra, Armenia, Austria, Azerbaijan, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Czech Republic, Estonia, Finland, France, Georgia, Germany, Greece, Hungary, Ireland, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Malta, the Republic of Moldova, Monaco, the Netherlands, Poland, Portugal, Romania, Russia, San Marino, Serbia, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, the former Yugoslav Republic of Macedonia, Turkey, the United Kingdom and Ukraine.

2. Bulgaria, Czech Republic, Estonia, Finland, France, Greece, Hungary, the Netherlands, Portugal, Serbia, Slovenia, Spain, Switzerland and the former Yugoslav Republic of Macedonia.

72. In Slovakia any research on embryos is strictly forbidden, other than research for medical purposes for the benefit of the health of the persons directly participating in the research in question.

73. In Germany the importation and use for research purposes of embryonic cells is in principle banned by law and authorised only exceptionally and subject to strict conditions.

74. In Austria the law provides that “viable cells” cannot be used for purposes other than *in vitro* fertilisation. However, the concept of “viable cells” is not defined in the law. According to practice and legal commentary, the statutory ban concerns only “totipotent” embryonic cells<sup>3</sup>.

75. In four countries (Andorra, Latvia, Croatia and Malta) the law expressly prohibits any research on embryonic stem cells.

76. In sixteen countries (Armenia, Azerbaijan, Bosnia and Herzegovina, Georgia, Ireland, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, the Republic of Moldova, Monaco, Poland, Romania, Russia, San Marino, Turkey and Ukraine) the matter is not regulated. Some of these States take a rather restrictive approach in practice (for example, Turkey and Ukraine), while others have a rather non-prohibitive practice (for example, Russia).

## THE LAW

77. The Court notes at the outset that the Government raised a number of objections to the admissibility of the present application. They submitted that the applicant had not exhausted the domestic remedies available to her in domestic law; that she had failed to lodge her application within the six-month time-limit provided for in Article 35 § 1 of the Convention; and that she did not have victim status. The Court will examine these objections below before analysing the other aspects of the application.

### I. NON-EXHAUSTION OF DOMESTIC REMEDIES

#### A. The Government's submissions

78. The Government submitted that the applicant could complain of the prohibition on donating her embryos to scientific research before an ordinary civil court on the ground that the ban was contrary to the Italian Constitution and the Convention. In support of that submission, they cited a number of domestic decisions in which the national courts had interpreted Law no. 40/2004 in the light of the Constitution and the European Convention on Human Rights, in particular regarding access to

3. Embryonic cells not yet differentiated and each of which, in isolation, has the potential to give rise to an entire organism (*Larousse Medical Dictionary*).

pre-implantation diagnosis (Orders of the Cagliari Court of 22 September 2007 and 9 November 2012 and those adopted by the Florence, Bologna and Salerno Courts on 17 December 2007, 29 June 2009 and 9 January 2010 respectively, see paragraphs 40-49 above).

79. According to the Government, the court in question would then have had to interpret the Law prohibiting the donation of embryos in the light of the Convention, as required by Constitutional Court judgments nos. 348 and 349 of 24 October 2007.

80. If the court had considered that there was an insurmountable conflict between its interpretation of the Law and the rights asserted by the claimant it would have had to submit a question of constitutionality to the Constitutional Court. That court would then have examined the issue of compatibility with human rights on the merits and would have been able to annul the domestic provisions with retroactive and *erga omnes* effect.

81. Moreover, several cases concerning the constitutionality of Law no. 40/2004 had already been brought before the Constitutional Court. A number of decisions had been delivered in that regard, particularly Constitutional Court Orders nos. 369, 97 and 150 (adopted on 24 October 2006, 8 March 2010 and 22 May 2012 respectively), judgment no. 151 delivered on 1 April 2009, a decision of the Florence Court of 7 December 2012 and an Order of the Rome Court adopted on 15 January 2014 (see paragraphs 27-33 and 50-53 above).

82. In the Government's submission, the applicant had also breached the principle of subsidiarity laid down in Protocol No. 15 of 24 June 2013 because she had failed to use domestic remedies before lodging her complaints with the Court.

83. Lastly, a question of constitutionality concerning an identical case to the present one had been raised by the Florence Court before the Constitutional Court (see paragraphs 52-53 above). If the Constitutional Court's decision were to go against the claimant, the latter would still be able to lodge an application with the Court.

## **B. The applicant's submissions**

84. The applicant submitted that any action in the ordinary courts would have been bound to fail because domestic law imposed a blanket ban on donating embryos to scientific research.

85. She also submitted that a constitutional remedy could not be regarded as a remedy that had to be used for the purposes of Article 35 § 1 of the Convention, since the Italian legal system did not provide for direct application to the Constitutional Court.

86. Lastly, she indicated that on 19 March 2014 the President of the Constitutional Court had adjourned its examination of the question raised by the Florence Court to which the Government referred pending the Grand Chamber's decision in the present case.

### C. The Court's assessment

87. The Court reiterates first of all that under Article 35 § 1 it may only deal with a matter after all domestic remedies have been exhausted. Applicants must have provided the domestic courts with the opportunity, in principle intended to be afforded to Contracting States, of preventing or putting right the violations alleged against them. That rule is based on the assumption that there is an effective remedy available in the domestic system in respect of the alleged breach. The only remedies which Article 35 § 1 requires to be exhausted are those that relate to the breach alleged and are available and sufficient. The existence of such remedies must be sufficiently certain not only in theory but also in practice, failing which they will lack the requisite accessibility and effectiveness: it falls to the respondent State to establish that these conditions are satisfied (see, among many other authorities, *McFarlane v. Ireland* [GC], no. 31333/06, § 107, 10 September 2010; *Mifsud v. France* (dec.) [GC], no. 57220/00, § 15, ECHR 2002-VIII; *Leandro Da Silva v. Luxembourg*, no. 30273/07, §§ 40 and 42, 11 February 2010; and *Vučković and Others v. Serbia* (preliminary objection) [GC], nos. 17153/11 and 29 others, §§ 69-77, 25 March 2014).

88. In the instant case, relying on the system of constitutional review instituted by Constitutional Court judgments nos. 348 and 349 of 24 October 2007, the Government submitted that the remedies available to the applicant in domestic law had not been exhausted. They cited examples of decisions on the merits and decisions of the Constitutional Court concerning Law no. 40/2004.

89. The Court observes at the outset that, in the above-mentioned judgments nos. 348 and 349, the Constitutional Court defined the place assigned to the Convention in the Italian legal system, considering that it was of intermediate rank between an ordinary law and the Constitution. It also found that it was incumbent on the judges of the ordinary courts to interpret domestic law in a manner compliant with the Convention and the Court's case-law. It stated that, where such an interpretation was impossible or the ordinary court had doubts as to the compatibility of domestic law with the Convention, it was bound to raise a question of constitutionality before it.

90. The Court also reiterates that in the absence of a specifically introduced remedy, the development and availability of a remedy said to

exist, and its scope and application, must be justified by the Government with reference to the domestic courts' case-law (see, *mutatis mutandis*, *Melnītis v. Latvia*, no. 30779/05, § 50, 28 February 2012; *McFarlane*, cited above, §§ 115-27; *Costa and Pavan v. Italy*, no. 54270/10, § 37, 28 August 2012; and *Vallianatos and Others v. Greece* [GC], nos. 29381/09 and 32684/09, §§ 52-58, 7 November 2013).

91. In the instant case the Court observes that the Government referred to a number of cases concerning Law no. 40/2004 but did not provide any examples of domestic decisions in which the question of donating surplus embryos to research was determined. Moreover, the Court cannot properly criticise the applicant for failing to lodge an application for a measure prohibited by law.

92. With regard to the Government's submission that, since the adoption of judgments nos. 348 and 349, the ordinary courts are obliged to interpret the Law giving rise to the prohibition in the light of the Convention and Strasbourg case-law whereas they were not formerly bound by such an obligation, a number of considerations lead the Court to conclude that this statement is not actually being followed, by established judicial practice, in, among others, the sphere of assisted reproduction.

93. The Court notes first of all that in a similar case to the present one, which concerned the ban on donating surplus embryos to scientific research, the Florence Court decided, on 7 December 2012, to raise before the Constitutional Court the question of the constitutionality of section 13 of Law no. 40/2004 with regard to Articles 9 and 32 of the Constitution, which guarantee the freedom of scientific research and the right to health respectively (see paragraph 22 above). The Court observes, however, that the lower court did not raise any question regarding the compatibility of the ban in question with the rights guaranteed by the Convention.

94. It notes, secondly, that, barring a few exceptions, the decisions of the lower courts and of the Constitutional Court regarding Law no. 40/2004 cited by the Government (see paragraphs 78 and 81 above) do not refer to the Convention. This is the case regarding Orders nos. 369/2006 and 97/2010 of the Constitutional Court and its judgment no. 151/2009, the Orders of the Cagliari, Florence, Bologna and Salerno Courts adopted on 22 September 2007, 17 December 2007, 29 June 2009 and 9 January 2010 respectively, and of the decision of the Florence Court of 7 December 2012.

95. Admittedly, in Order no. 150 of 22 May 2012, in which it remitted to the lower court a case concerning the ban on heterologous fertilisation, the Constitutional Court did refer, *inter alia*, to Articles 8 and 14 of the Convention. The Court cannot fail to observe, however, that in its judgment no. 162 of 10 June 2014 in the same case the Constitutional Court

examined the prohibition in question only in the light of the Articles of the Constitution that were in issue (namely, Articles 2, 31 and 32). With regard to Articles 8 and 14 of the Convention, invoked by only one of the three lower courts (see paragraph 35 above), it merely observed that the questions raised under those provisions were covered by the conclusions it had reached regarding the constitutionality issue (see paragraph 39 above).

96. Accordingly, the Orders of the Cagliari Court (of 9 November 2012) and the Rome Court (of 15 January 2014) were the only two exceptions to the failure to take account of the Convention and its case-law. Having regard to the Court's conclusions in *Costa and Pavan* (cited above), the Cagliari Court authorised access by the claimants to pre-implantation diagnosis and the Rome Court raised a question of constitutionality on that point before the Constitutional Court. The fact remains that these are just two isolated cases out of the eleven referred to by the Government, which concern a different subject from the one in issue here and one in respect of which the Court has already ruled.

97. Furthermore, as the compatibility of section 13 of Law no. 40/2004 with the rights guaranteed by the Convention is a new issue, the Court is not convinced that the possibility open to the applicant to bring her complaints before an ordinary court constitutes an effective remedy.

98. Judgments nos. 348 and 349 themselves clarify the difference between the respective roles of the Strasbourg Court and the Constitutional Court, finding that the former has the task of interpreting the Convention while the latter must determine whether there is a conflict between a particular domestic provision and the rights guaranteed by the Convention, *inter alia*, in the light of the interpretation provided by the European Court of Human Rights (see paragraph 26 above).

99. Moreover, the decision taken on 19 March 2014 by the President of the Constitutional Court to adjourn its examination of the question raised on 7 December 2012 by the Florence Court pending a ruling by the Court in the instant case (see paragraph 53 above) is consonant with this approach.

100. In this context the Court observes that, in a recent judgment (no. 49, deposited on 26 March 2015) in which it analysed, *inter alia*, the place of the Convention and the Court's case-law in the domestic legal order, the Constitutional Court indicated that the ordinary courts were only bound to comply with the Court's case-law where it was "well established" or expressed in a "pilot judgment".

101. In any event the Court has observed on many occasions that, in the Italian legal system, litigants are not entitled to apply directly to the Constitutional Court. Only a court which is hearing the merits of a case has the possibility of making a reference to the Constitutional Court, at the

request of a party or of its own motion. Accordingly, such an application cannot be a remedy whose exhaustion is required under the Convention (see, among other authorities, *Brozicek v. Italy*, 19 December 1989, § 34, Series A no. 167; *Immobiliare Saffi v. Italy* [GC], no. 22774/93, § 42, ECHR 1999-V; *C.G.I.L. and Cofferati v. Italy*, no. 46967/07, § 48, 24 February 2009; *Scoppola v. Italy (no. 2)* [GC], no. 10249/03, § 75, 17 September 2009; and *M.C. and Others v. Italy*, no. 5376/11, § 47, 3 September 2013). However, the Commission and the Court have held, with regard to other member States, that direct application to the Constitutional Court was a domestic remedy that had to be used (see, for example, *W. v. Germany*, no. 10785/84, Commission decision of 18 July 1986, Decisions and Reports (DR) 48, p. 102, at p. 105; *Union Alimentaria Sanders S.A. v. Spain*, no. 11681/85, Commission decision of 11 December 1987, DR 54, p. 101, at 107; *S.B. and Others v. Belgium* (dec.), no. 63403/00, 6 April 2004; and *Grišankova and Grišankovs v. Latvia* (dec.), no. 36117/02, ECHR 2003-II).

102. Having regard to the foregoing, the Court cannot consider that the system requiring domestic provisions to be interpreted in the light of the Convention established by judgments nos. 348 and 349 constitutes a turning point capable of refuting that conclusion (see, by converse implication, the recent decisions of the Court acknowledging the effectiveness of applications to the Turkish Constitutional Court following the creation of a system of direct application to that court: *Hasan Uzun v. Turkey* (dec.), no. 10755/13, §§ 25-27, 30 April 2013, and *Koçintar v. Turkey* (dec.), no. 77429/12, 1 July 2014).

103. The principles established in judgments nos. 348 and 349 of 24 October 2007 are to be welcomed, particularly regarding the place assigned to the Convention in the Italian legal system and the encouragement given to the national judicial authorities to interpret domestic standards and the Constitution in the light of the Convention and the Court's case-law. The Court also notes that, in areas other than assisted reproduction, there have been many decisions in which the Constitutional Court has ruled a domestic provision unconstitutional on the basis, *inter alia*, of its incompatibility with the rights guaranteed under the Convention and the Court's case-law (see, for example, judgment no. 39 of 5 March 2008 regarding legal incapacities following bankruptcy, judgment no. 93 of 17 March 2010 on the public nature of hearings in proceedings for enforcement of interim measures, and judgment no. 210 of 3 July 2013 concerning the retrospective application of criminal law).

104. However, it should first be noted that the Italian system provides only for indirect application by individuals to the Constitutional Court. Furthermore, the Government have not shown, backed up by established

case-law and practice, that, where the donation of embryos to research is concerned, an action by the applicant before the ordinary courts combined with the duty on those courts to raise a question of constitutionality before the Constitutional Court in the light of the Convention amounted to an effective remedy in the present case that the applicant should have used.

105. Having regard to the foregoing and to the fact that the Constitutional Court decided to suspend its examination of a similar case pending the Court's decision in the instant case, the objection raised by the Government must be rejected.

## II. COMPLIANCE WITH THE SIX-MONTH TIME-LIMIT

### A. The Government's submissions

106. At the hearing the Government objected that the application had been lodged out of time, submitting that the Law banning embryo donations for scientific research had come into force on 10 March 2004 and that the applicant had not sought release of her embryos for the purpose of donating them until 14 December 2011, in a letter sent on that date to the centre for reproductive medicine where the embryos were cryopreserved.

### B. The applicant's submissions

107. The applicant replied to this objection during the hearing, submitting that she had indeed made a written request to the centre for reproductive medicine for release of her embryos on 14 December 2011, but had earlier made other identical requests verbally.

108. At all events the applicant maintained that any request to the centre for reproductive medicine was bound to fail, since the applicable Law categorically prohibited the donation of embryos to scientific research.

### C. The Court's assessment

109. The Court has already acknowledged that where an interference with the right relied on by an applicant emanates directly from legislation, the very maintenance in force of the impugned legislation may constitute a continuing interference with the right in question (see, for example, *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, § 41, Series A no. 45, and *Norris v. Ireland*, 26 October 1988, § 38, Series A no. 142, in which the applicants, who were homosexuals, complained that laws making homosexual practices criminal offences infringed their right to respect for their private life).

110. The Court has recently proceeded on that basis in *Vallianatos and Others* (cited above, § 54), in which the applicants complained of a continuing violation of Articles 14 and 8 of the Convention on account

of their inability, as same-sex couples, to enter into a “civil union”, whereas different-sex couples were legally able to do so. Further, in *S.A.S. v. France* ([GC], no. 43835/11, § 110, ECHR 2014), which concerned the statutory ban on wearing clothing designed to conceal one’s face in public places, the Court observed that the applicant’s situation was similar to that of the applicants in *Dudgeon* and *Norris* (both cited above), in which it had found a continuing interference with the exercise of the rights protected by Article 8 of the Convention.

111. The Court acknowledges that in the above-cited cases the effect of the legislative measures complained of on the daily lives of the applicants was more substantial and more direct than in the present case. Nevertheless, the statutory ban on donating embryos to scientific research in issue here does undeniably have an impact on the applicant’s private life. That impact, which results from the biological link between the applicant and her embryos and the plan to start a family that was at the origin of their creation, is a direct result of the entry into force of Law no. 40/2004 and constitutes a continuing situation in that it has continuously affected the applicant since then (see the final report of the Study Commission on embryos of 8 January 2010, which refers to potentially indefinite cryopreservation of frozen embryos, paragraph 21 above).

112. In this type of case, according to the Court’s case-law, the six-month period does not start to run until the situation complained of has come to an end (see, among other authorities, *Çınar v. Turkey*, no. 17864/91, Commission decision of 5 September 1994, DR 79-B). Consequently, the Court does not accept the Government’s argument that the time period runs from the date on which the Law in issue came into force.

113. Moreover, the Government’s submission is tantamount to considering that the applicant wanted to donate her embryos from the date on which the Law in issue came into force, which is not a matter that is open to speculation by the Court.

114. The objection on the ground of delay in lodging the application, raised by the Government under Article 35 § 1 of the Convention, cannot therefore be upheld.

### III. THE APPLICANT’S VICTIM STATUS

#### A. The Government’s submissions

115. The Government also objected on the ground that the applicant did not have victim status, submitting that, during the period from 12 November 2003 – the date of her partner’s death – to 10 March 2004, when Law no. 40/2004 came into force, the applicant could have donated

her embryos to research since there were no regulations governing the matter at that time and a donation of that sort was therefore not prohibited.

### **B. The applicant's submissions**

116. The applicant submitted at the hearing that a very short period of time had elapsed between the date of her partner's death and the date when the Law came into force – approximately four months – and that she had not been able to make a clear decision during that time as to what she wanted to do with the embryos obtained from the IVF treatment she had undergone.

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

117. The Court reiterates that where an interference with an applicant's private life emanates directly from legislation, the maintenance in force of the impugned legislation constitutes a continuing interference with the exercise of the right in question. In the personal circumstances of the applicant, the very existence of this legislation continuously and directly affects her private life (see *Dudgeon*, § 41, and *Norris*, § 34, both cited above).

118. In the instant case the applicant has been unable to donate her embryos to research since Law no. 40/2004 came into force (see also paragraph 113 above). As the situation has remained unchanged since then, the fact that the applicant wanted to donate her embryos to research at the time of lodging her application is sufficient for the Court to find that she has victim status. Furthermore, with regard to the Government's argument that the applicant could have donated her embryos to scientific research during the period between her partner's death and the entry into force of the Law, the Court takes note of the information submitted by the applicant according to which, during the short period referred to above, she had not been able to make a clear decision concerning the fate of the embryos.

119. The Government's objection on the ground of the applicant's lack of victim status must therefore be dismissed.

## **IV. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION**

120. Relying on Article 8 of the Convention, the applicant alleged that the ban under section 13 of Law no. 40/2004 on donating embryos to scientific research resulted in a violation of her right to respect for her private life. The relevant parts of Article 8 provide:

- “1. Everyone has the right to respect for his private ... life ...
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 parties’ submissions**

### *1. The Government’s submissions*

121. The Government submitted at the outset that the question whether human embryos could be donated to scientific research did not fall within the concept of “right to respect for private life”.

122. At the hearing the Government contended that Article 8 of the Convention could have applied only “indirectly” in the present case, that is, only if the applicant had wanted to start a family by having her embryos implanted and had been prevented from doing so by the application of Law no. 40/2004.

123. In any event they maintained that the alleged interference with the applicant’s private life was in accordance with the law and pursued the legitimate aim of protecting the embryo’s potential for life.

124. With regard to the proportionality of the impugned measure, the Government confined themselves in their written observations to referring to the arguments they had submitted under Article 1 of Protocol No. 1. However, at the hearing the Government submitted that the Italian legislation was not inconsistent, arguing that the applicant had wrongly affirmed that cryopreserved embryos could not develop into human lives. In that connection they submitted that, if properly carried out, cryopreservation was not limited in duration and that there were currently no scientific means by which the viability of a cryopreserved embryo could be determined without thawing it.

125. The Government also submitted that Italian law, which allowed abortion, was not incompatible with the ban on donating embryos to research, since in the event of an abortion the protection of the life of the foetus clearly had to be weighed against the situation and interests of the mother.

126. During the hearing they also observed that embryos were definitely protected under European law. In their submission, the Council of Europe Convention on Human Rights and Biomedicine (Oviedo Convention) of 4 April 1997 certainly did not require States to authorise destructive scientific research on embryos, since, in their submission, the choice as regards carrying out such research fell within the wide margin of appreciation of the States in this sphere.

127. They went on to observe that the preparatory works to Law no. 40/2004 showed that it was the end-product of a substantial amount of work that had taken account of a range of scientific and ethical opinions and questions on the subject. Moreover, the Law in question had been the subject of several referendums, regarding, *inter alia*, maintaining section 13, which had been declared invalid because the required threshold of votes had not been reached.

128. Furthermore, while acknowledging that Italian scientific research used embryonic cell lines imported from abroad and resulting from the destruction of the original embryos, they pointed out that the production of these cell lines was not carried out at the request of Italian laboratories and observed that there were approximately 300 embryonic cell lines in the world that were made available to the entire scientific community. In that connection they pointed out that the deliberate destruction of a human embryo could not be compared with the use of cell lines from human embryos that had already been destroyed.

129. With regard to European Union funding for scientific research, the Government submitted that the Seventh Framework Programme for research, technological development and demonstration activities and the Horizon 2020 Framework Programme for Research and Innovation (see paragraphs 63-64 above) did not provide for funding of projects involving the destruction of embryos, whether these had been created in Europe or imported from third countries.

130. They observed, lastly, that in its opinion of 18 November 2005 on adoption for birth (see paragraphs 19-20 above), the National Bioethics Committee had already tackled the subject of the fate of surplus embryos with a view to finding solutions that would respect their lives.

131. In their view, this solution could now become a reality having regard to judgment no. 162 of 10 June 2014 in which the Constitutional Court had declared the ban on heterologous fertilisation unconstitutional, thus allowing the use of surplus embryos from an *in vitro* fertilisation for non-destructive purposes, in accordance with the objective pursued by Italian legislation in this area.

## 2. *The applicant's submissions*

132. The applicant affirmed at the outset that according to the Court's case-law "private life" was a broad concept (she referred to *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III, and *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 71, ECHR 2007-I).

133. She went on to submit that she had lost her partner in tragic circumstances, which was why she had not been able to start a family as she had wished. At the hearing she explained that only four months had elapsed between her partner's death and the Law's entry into force, so she had not had the necessary time to reflect on her plans to start a family, and that in any event the implantation of embryos *post mortem* was illegal.

134. Accordingly, she considered that the State also required her to witness the destruction of her embryos rather than allowing her to donate them to research, which would pursue a noble cause and be a source of comfort to her after the painful events that had occurred in her life. In those circumstances she submitted that her right to her private life was in issue.

135. She also maintained that the ban on donating embryos was completely illogical, since the only alternative offered by the system was the death of the embryos. At the hearing she pointed to the inconsistencies in the Italian legal system, submitting that the embryo's right to life relied on by the Government was irreconcilable with the possibility available to women to abort up until the third month of pregnancy and with the use by Italian laboratories of embryonic cell lines obtained from the destruction of embryos created abroad.

136. Furthermore, she considered that the possibility of donating embryos not destined for implantation also fulfilled a public interest since research on induced pluripotent stem cells had not yet replaced research on stem cells, which was why the latter continued to feature among the most promising research methods, particularly regarding the treatment of certain incurable diseases.

137. She also submitted that the State did not have a wide margin of appreciation in the present case, particularly given the existing European consensus regarding the possibility of donating to scientific research embryos that were not destined to be implanted.

138. At the hearing she referred to the judgment of 18 October 2011 of the Court of Justice of the European Union in *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV* (see paragraphs 59-61 above). Noting that this judgment was limited to prohibiting the patentability of inventions involving the destruction of human embryos, she inferred that the inventions themselves – and the prior research – were not banned at European level.

139. Lastly, she submitted that the Communication from the European Commission on the European Citizens' Initiative "One of Us" of 28 May 2014 (see paragraphs 65-66 above) confirmed that the funding of research on embryonic human stem cells was permitted.

### 3. *Observations of the third-party interveners*

#### (a) **The European Centre for Law and Justice (ECLJ)**

140. The ECLJ submitted that in the present case the interests of science – to which the applicant attached importance – did not take precedence over the respect due to the embryo, in line with the principle of the “primacy of the human being” enshrined in Article 2 of the Oviedo Convention.

141. It also observed that in all the cases raising questions related to assisted reproduction that had been brought before the Court the interference with the applicants’ private and family life stemmed from a law that prevented the couple or the mother from having a child. The situation was different here in that the applicant had decided not to have the embryos implanted even though at the time she had undergone the IVF treatment there had been no law prohibiting gestation *post mortem*.

142. Lastly, referring to *S.H. and Others v. Austria* and *Evans*, both cited above, it observed that the member States were afforded a wide margin of appreciation in this area.

#### (b) **The associations Movimento per la vita, Scienza e vita and Forum delle associazioni familiari, represented by Mr Casini**

143. These associations submitted that destructive experiments on human embryos, which were “subjects”, were banned by law and that the Oviedo Convention did not impose any obligation to authorise such experiments.

144. They also observed that the member States enjoyed a wide margin of appreciation in this area.

#### (c) **The associations Luca Coscioni, Amica Cicogna Onlus, L’Altra Cicogna Onlus and Cerco Un Bimbo and forty-six members of the Italian Parliament, represented by Ms Gallo**

145. These third-party interveners submitted that the concept of “private life” was an evolving one, that it was not susceptible to exhaustive definition, and that the applicant claimed, *inter alia*, the right to respect for her choice to donate her own biological matter to research, namely, embryos that were no longer destined for a parental project and were in any event bound for destruction.

146. They added that the interference in question was not justified by the purpose relied on, since Italian law did not afford absolute protection to the embryo’s life.

- (d) **The associations VOX – Osservatorio italiano sui Diritti, SIFES (Society of Fertility, Sterility and Reproductive Medicine) and Cittadinanzattiva, represented by Ms D’Amico, Ms Costantini, Mr Clara, Ms Ragni and Ms Liberali**

147. These associations pointed out that section 13 of Law no. 40/2004 curtailed the freedom of individuals to decide the fate of their own embryos, which had to be cryopreserved indefinitely, thus incurring substantial costs.

148. According to them, cryopreservation was not in any way useful to embryos destined to die, nor to couples, who were not generally keen to use embryos that had been cryopreserved for a long time for implantation, as the “quality” of these embryos diminished over time. Cryopreservation was just as useless for the medical centres where the embryos were stored.

## **B. The Court’s assessment**

### *1. Applicability to the present case of Article 8 of the Convention and admissibility of the complaint raised by the applicant*

149. In the present case the Court is called upon for the first time to rule on the question whether the “right to respect for private life” guaranteed by Article 8 of the Convention can encompass the right invoked before it by the applicant to make use of embryos obtained from *in vitro* fertilisation for the purposes of donating them to scientific research.

150. The Government submitted that the provision in question could have applied only indirectly in the instant case and exclusively under its “family life” aspect, that is, only if the applicant had wanted to start a family by means of cryopreservation and the subsequent implantation of her embryos and had been prevented from doing so by the application of Law no. 40/2004.

151. However, the applicant indicated in the application form (see paragraph 14 above) and repeated at the hearing (see paragraph 116 above) that, since the death of her partner, she was no longer intending to start a family. Moreover, she did not at any time allege before the Court that there had been a violation of her right to respect for her family life under Article 8 of the Convention.

152. In reality the subject matter of the case brought before the Court concerns the restriction of the right asserted by the applicant to decide the fate of her embryos, a right which at the very most relates to “private life”.

153. Like the applicant, the Court observes at the outset that, according to its case-law, the concept of “private life” within the meaning of Article 8 of the Convention is a broad one not susceptible to exhaustive definition and embraces, among other things, a right to self-determination (see *Pretty*,

cited above, § 61). The concept also incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent (see *Evans*, cited above, § 71, and *A, B and C v. Ireland* [GC], no. 25579/05, § 212, ECHR 2010).

154. In the cases examined by the Court that have raised the particular question of the fate of embryos obtained from assisted reproduction, the Court has had regard to the parties' freedom of choice.

155. In *Evans*, when analysing the balance to be struck between the conflicting rights that the parties to *in vitro* fertilisation may rely on under Article 8 of the Convention, the Grand Chamber "[did] not consider that the applicant's right to respect for the decision to become a parent in the genetic sense should be accorded greater weight than [her ex-partner]'s right to respect for his decision not to have a genetically related child with her" (see *Evans*, cited above, § 90).

156. Furthermore, in *Knecht v. Romania* (no. 10048/10, 2 October 2012), where the applicant complained, *inter alia*, of the refusal of the national authorities to authorise the transfer of her embryos from the medical centre where they were being stored to a specialised clinic of her choice, the Court held that Article 8 was applicable only from the standpoint of respect for the applicant's private life (*ibid.*, § 55) even though the applicant had also alleged an infringement of her right to respect for her family life (*ibid.*, § 51).

157. With regard to domestic law, the Court observes that, as submitted by the Government at the hearing, judgment no. 162 of 10 June 2014 in which the Constitutional Court declared unconstitutional the ban on heterologous fertilisation (see paragraphs 34-39 above) should now allow "adoption for birth", a practice which consists in a couple or a woman adopting surplus embryos in order to have them implanted, and had been envisaged by the National Bioethics Committee in 2005. Furthermore, the Court notes that in the judgment in question the Constitutional Court found that the applicants' choice to become parents and found a family with children was an aspect of "their freedom of self-determination regarding the sphere of their private and family life" (see paragraph 37 above). This means that the Italian legal system also attaches importance to the freedom of choice of parties to *in vitro* fertilisation regarding the fate of embryos not destined for implantation.

158. In the instant case the Court must also have regard to the link existing between the person who has undergone *in vitro* fertilisation and the embryos thus conceived, which link is due to the fact that the embryos contain the genetic material of the person in question and accordingly

represent a constituent part of that person's genetic material and biological identity.

159. The Court concludes that the applicant's ability to exercise a conscious and considered choice regarding the fate of her embryos concerns an intimate aspect of her personal life and accordingly relates to her right to self-determination. Article 8 of the Convention, from the standpoint of the right to respect for private life, is therefore applicable in the present case.

160. The Court observes, lastly, that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention and cannot be declared inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

## *2. Merits of the complaint raised by the applicant*

### **(a) Whether there has been an "interference" "in accordance with the law"**

161. Like the parties, the Court considers that the ban under section 13 of Law no. 40/2004 on donating to scientific research embryos obtained from an *in vitro* fertilisation and not destined for implantation constitutes an interference with the applicant's right to respect for her private life. It points out in this connection that at the time when the applicant had recourse to *in vitro* fertilisation there were no legal provisions regulating the donation of non-implanted embryos obtained by that technique. Consequently, until the Law came into force the applicant was not in any way prevented from donating her embryos to scientific research.

### **(b) The legitimacy of the aim pursued**

162. During the hearing the Government submitted that the objective pursued by the measure complained of was to protect the "embryo's potential for life".

163. The Court reiterates that the enumeration of the exceptions to the individual's right to respect for his private life, as listed in Article 8 § 2, is exhaustive and that their definition is restrictive. For it to be compatible with the Convention, a limitation of this freedom must, in particular, pursue an aim that can be linked to one of those listed in this provision (see *S.A.S. v. France*, cited above, § 113).

164. The Court observes that neither in their written observations nor in the reply to the question asked at the hearing did the Government refer to the provisions of paragraph 2 of Article 8 of the Convention.

165. However, in their written observations on Article 8 of the Convention the Government referred to the considerations they had set out regarding Article 1 of Protocol No. 1 (see paragraph 124 above)

according to which, in the Italian legal system, the human embryo is considered as a subject of law entitled to the respect due to human dignity (see paragraph 200 below).

166. The Court also notes that, similarly, two third-party interveners (the ECLJ and the associations Movimento per la vita, Scienza e vita and Forum delle associazioni familiari) submitted that the human embryo had the status of “subject” (see paragraphs 140 and 143 above).

167. The Court acknowledges that the “protection of the embryo’s potential for life” may be linked to the aim of protecting morals and the rights and freedoms of others, in the terms in which this concept is meant by the Government (see also *Costa and Pavan*, cited above, §§ 45 and 59). However, this does not involve any assessment by the Court as to whether the word “others” extends to human embryos (see *A, B and C v. Ireland*, cited above, § 228).

**(c) Necessity of the measure in a democratic society**

*(i) The principles established in the Court’s case-law regarding assisted reproduction*

168. The Court reiterates that in determining whether an impugned measure was “necessary in a democratic society”, it will consider whether, in the light of the case as a whole, the reasons adduced to justify that measure were relevant and sufficient for the purposes of paragraph 2 of Article 8 (see, among many other authorities, *S.H. and Others v. Austria*, cited above, § 91; *Olsson v. Sweden (no. 1)*, 24 March 1988, § 68, Series A no. 130; *K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, § 154, ECHR 2001-VII; *Kutzner v. Germany*, no. 46544/99, § 65, ECHR 2002-I; and *P., C. and S. v. the United Kingdom*, no. 56547/00, § 114, ECHR 2002-VI).

169. Furthermore, a number of factors must be taken into account when determining the breadth of the margin of appreciation to be enjoyed by the State in any case under Article 8. Where a particularly important facet of an individual’s existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will usually be restricted (see *Evans*, cited above, § 77, and the other authorities cited therein, and *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, § 78, ECHR 2007-V). 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 *S.H. and Others v. Austria*, cited above, § 94; *Evans*, cited above, § 77; *X, Y and Z v. the United Kingdom*, 22 April 1997, § 44, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-II; *Fretté v. France*,

no. 36515/97, § 41, ECHR 2002-I; *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 85, ECHR 2002-VI; and *A, B and C v. Ireland*, cited above, § 232).

170. The Court has also observed that in any event “the solutions reached by the legislature are not beyond [its] scrutiny. It falls to the Court to examine carefully the arguments taken into consideration during the legislative process and leading to the choices that have been made by the legislature and to determine whether a fair balance has been struck between the competing interests of the State and those directly affected by those legislative choices” (see *S.H. and Others v. Austria*, cited above, § 97).

171. In the above-mentioned case the Court also observed that the Austrian Parliament had not yet “undertaken a thorough assessment of the rules governing artificial procreation, taking into account the dynamic developments in science and society” and pointed out that “this area, in which the law appear[ed] to be continuously evolving and which [was] subject to a particularly dynamic development in science and law, need[ed] to be kept under review by the Contracting States” (see *S.H. and Others v. Austria*, cited above, §§ 117-18).

172. In *Costa and Pavan* (cited above, § 64), the Court held that Italian legislation on pre-implantation diagnosis lacked consistency in that it did not permit implantation to be limited to the embryos not affected by the disease of which the individuals concerned were healthy carriers but did allow the applicant to abort a foetus which would have been born with the disease in question.

173. It also considered that it was not its task to substitute its own judgment for that of the national authorities in choosing the most appropriate regulations governing assisted reproduction, observing in particular that the use of *in vitro* fertilisation techniques raised sensitive moral and ethical questions in an area that was constantly evolving (see *Knecht*, cited above, § 59).

(ii) *Application of the above-mentioned principles to the present case*

174. The Court observes at the outset that, unlike the above-cited cases, the instant case does not concern prospective parenthood. Accordingly, while it is of course important, the right invoked by the applicant to donate embryos to scientific research is not one of the core rights attracting the protection of Article 8 of the Convention, as it does not concern a particularly important aspect of the applicant’s existence and identity.

175. Consequently, and having regard to the principles established in its case-law, the Court considers that the respondent State should be afforded a wide margin of appreciation in the present case.

176. Furthermore, it observes that the question of the donation of embryos not destined for implantation clearly raises “delicate moral and ethical questions” (see *Evans*; *S.H. and Others v. Austria*; and *Knecht*, all cited above) and that the comparative law materials available to the Court (see paragraphs 69-76 above) show that, contrary to the applicant’s affirmations, there is no European consensus on the subject (see paragraph 137 above).

177. Admittedly, certain member States have adopted a non-prohibitive approach in this area: seventeen of the forty member States about which the Court has information allow research on human embryonic cell lines. In some other States there are no regulations, but the relevant practices are non-prohibitive.

178. However, certain States (Andorra, Latvia, Croatia and Malta) have enacted legislation expressly prohibiting any research on embryonic cells. Others allow research of this type only subject to strict conditions, requiring for example that the purpose be to protect the embryo’s health or that the research use cells imported from abroad (this is the case in Slovakia, Germany, Austria and Italy).

179. Italy is therefore not the only member State of the Council of Europe which bans the donation of human embryos to scientific research.

180. Furthermore, the above-cited Council of Europe and European Union materials confirm that the domestic authorities enjoy a broad margin of discretion to enact restrictive legislation where the destruction of human embryos is at stake, having regard, *inter alia*, to the ethical and moral questions inherent in the concept of the beginning of human life and the plurality of existing views on the subject among the different member States.

181. An example of this is the Oviedo Convention, Article 27 of which provides that none of its provisions should be interpreted as limiting the possibility for a Party to grant a wider measure of protection with regard to the application of biology and medicine. Opinion no. 15, adopted on 14 November 2000 by the European Group on Ethics in Science and New Technologies to the European Commission (see paragraph 58 above), Resolution 1352 (2003) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on human stem cell research (see Part III, point F above) and Regulation (EC) No 1394/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on advanced therapy medicinal products (see Part IV, point B above) contain similar provisions.

182. The limits imposed at European level aim rather to temper excesses in this area. This is the case for example of the ban on creating human embryos for scientific research provided for in Article 18 of the Oviedo Convention, or the ban on patenting scientific inventions where the process

involves the destruction of human embryos (see the judgment of the Court of Justice of the European Union in *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV* of 18 October 2011).

183. That being said, the State's margin of appreciation is not unlimited and it is the Court's task to examine the arguments to which the legislature has had regard in reaching the solutions it has retained and to determine whether a fair balance has been struck between the interests of the State and those of the individuals directly affected by the solutions in question (see *Evans*, cited above, § 86, and *S.H. and Others v. Austria*, cited above, § 97).

184. The Court notes in this context that, relying on documents relating to the preparatory works to Law no. 40/2004, the Government submitted at the hearing that the drafting of the Law had given rise to discussions that had taken account of the different scientific and ethical opinions and questions on the subject (see paragraph 127 above).

185. It can be seen from a report by the XIIth Standing Committee submitted to Parliament on 26 March 2002 that doctors, specialists and associations working in the field of assisted reproduction had contributed to the discussions and that the liveliest part of these had in general concerned the sphere of individual freedoms, pitting the advocates of a secular conception of the State against those in favour of a denominational approach.

186. Furthermore, during the discussions of 19 January 2004, Law no. 40/2004 had also been criticised on the ground, among others, that recognition of the embryo as a legal subject under section 1 of the Law gave rise, according to some, to a series of prohibitions, such as the use of heterologous fertilisation and the use of cryopreserved embryos not destined for implantation for scientific research.

187. Like the Government, the Court reiterates that Law no. 40/2004 was the subject of several referendums that were declared invalid for failure to reach the required threshold of votes cast. In order to promote the development of scientific research in Italy in the area of diseases that are difficult to cure, one such referendum proposed to repeal the part of section 13 that made authorisation to carry out scientific research on embryos conditional on protecting their health and development.

188. The Court therefore observes that, during the drafting process of the Law in question the legislature had already taken account of the different interests at stake, particularly the State's interest in protecting the embryo and that of the persons concerned in exercising their right to individual self-determination in the form of donating their embryos to research.

189. The Court notes the applicant's allegation that Italian legislation on medically assisted reproduction is inconsistent, in support of her submission that the interference complained of is disproportionate.

190. In her written observations and at the hearing, the applicant observed that it was difficult to reconcile the protection of the embryo advocated by the Government with a woman's legal ability to terminate a pregnancy on therapeutic grounds up until the third month and also the use by Italian researchers of embryonic cell lines obtained from embryos that had been destroyed abroad.

191. The Court's task is not to review the consistency of the Italian legislation in the abstract. In order to be relevant for the purposes of the Court's analysis, the inconsistencies complained of by the applicant must relate to the subject of the complaint that she raises before the Court, namely, the restriction of her right to self-determination regarding the fate of her embryos (see, *mutatis mutandis*, *Olsson*, cited above, § 54, and *Knecht*, cited above, § 59).

192. With regard to the research carried out in Italy on imported embryonic cell lines taken from embryos that had been destroyed abroad, the Court observes that, while the right asserted by the applicant to decide the fate of her embryos relates to her wish to contribute to scientific research, that cannot however be seen as a circumstance directly affecting the applicant.

193. Furthermore, the Court takes note of the information provided by the Government during the hearing, according to which the embryonic cell lines used in Italian laboratories for research purposes are never produced at the request of the Italian authorities.

194. It agrees with the Government that the deliberate and active destruction of a human embryo cannot be compared with the use of cell lines obtained from human embryos destroyed at an earlier stage.

195. It concludes from the foregoing that, even supposing that there are inconsistencies in the legislation as alleged by the applicant, these are not capable of directly affecting the right invoked by her in the instant case.

196. Lastly, the Court observes that in this case the choice to donate the embryos in question to scientific research emanates from the applicant alone, since her partner is dead. The Court does not have any evidence that her partner, who had the same interest in the embryos in question as the applicant at the time of fertilisation, would have made the same choice. Moreover, there are no regulations governing this situation at domestic level.

197. For the reasons outlined above, the Court considers that the Government have not overstepped the wide margin of appreciation enjoyed by them in the present case and that the ban in question was "necessary in a democratic society" within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention.

198. There has therefore been no violation of the applicant's right to respect for her private life under Article 8 of the Convention.

## V. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 1 OF PROTOCOL No. 1

199. Relying on Article 1 of Protocol No. 1, the applicant complained that she was unable to donate her embryos and was obliged to keep them in a state of cryopreservation until their death. Article 1 of Protocol No. 1 provides:

“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 parties’ submissions

#### 1. *The Government’s submissions*

200. The Government submitted at the outset that the human embryo could not be regarded as a “thing” and that it was in any event unacceptable to assign an economic value to it. They observed that in the Italian legal system the human embryo was considered as a subject of law entitled to the respect due to human dignity.

201. They also submitted that the Court afforded member States a wide margin of appreciation regarding the determination of the beginning of human life (they referred to *Evans*, cited above, § 81), particularly in areas such as this, where complex moral and ethical questions were in issue that were not the subject of a consensus among the member States of the Council of Europe.

202. They concluded that there had been no violation of Article 1 of Protocol No. 1 in the present case.

#### 2. *The applicant’s submissions*

203. The applicant submitted that embryos conceived by *in vitro* fertilisation could not be regarded as “individuals” because if they were not implanted they were not destined to develop into foetuses and be born. She concluded that, from a legal point of view, they were “possessions”.

204. In the circumstances she considered that she had a right of ownership of her embryos and that the State had imposed restrictions on that right that were not justified on any public-interest grounds. In her view, the protection of the embryos’ potential for life could not reasonably be invoked in that regard since they were destined to be eliminated.

### 3. *Observations of the third parties*

#### (a) **The European Centre for Law and Justice (ECLJ)**

205. The ECLJ submitted that embryos could not be regarded as “things” and accordingly could not be deliberately destroyed. It also argued that the concept of “possession” had an inherently economic connotation which had to be ruled out in the case of human embryos.

206. Referring to *Vo v. France* ([GC], no. 53924/00, § 82, ECHR 2004-VIII), it pointed out, lastly, that the Court allowed States to determine in their domestic legal order “when the right to life begins” and that it afforded them a wide margin of appreciation in this area (see *A, B and C v. Ireland*, cited above, § 237).

#### (b) **The associations Movimento per la vita, Scienza e vita and Forum delle associazioni familiari, represented by Mr Casini**

207. These third-party interveners submitted that the human embryo could never be regarded as a “thing”.

208. They submitted, further, that Italian legislation on the subject was consistent. While they acknowledged that abortion on therapeutic grounds was legal, they observed that this was not because the embryo could be regarded as a “thing” but because account was taken of the different interests involved, particularly those of the mother.

#### (c) **The associations Luca Coscioni, Amica Cicogna Onlus, L’Altra Cicogna Onlus and Cerco Un Bimbo and forty-six members of the Italian Parliament, represented by Ms Gallo**

209. Ms Gallo reiterated the arguments submitted by the applicant concerning the status of the embryo.

#### (d) **The associations VOX – Osservatorio italiano sui Diritti, SIFES (Society of Fertility, Sterility and Reproductive Medicine) and Cittadinanzattiva, represented by Ms D’Amico, Ms Costantini, Mr Clara, Ms Ragni and Ms Liberali**

210. These third-party interveners did not submit any observations under Article 1 of Protocol No. 1.

## **B. The Court’s assessment**

### 1. *The principles established in the Court’s case-law*

211. The Court reiterates that the concept of “possessions” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 has an autonomous meaning which is not limited to ownership of material goods and is independent from

the formal classification in domestic law: certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as “property rights”, and thus as “possessions” for the purposes of this provision. In each case the issue that needs to be examined is whether the circumstances of the case, considered as a whole, conferred on the applicant title to a substantive interest protected by Article 1 of Protocol No. 1 (see *Iatridis v. Greece* [GC], no. 31107/96, § 54, ECHR 1999-II; *Beyeler v. Italy* [GC], no. 33202/96, § 100, ECHR 2000-I; and *Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, § 129, ECHR 2004-V).

212. Article 1 of Protocol No. 1 applies only to a person’s existing possessions. Future income cannot be considered to constitute a “possession” unless it has already been earned or is definitely payable. Further, the hope that a long-extinguished property right may be revived cannot be regarded as a “possession”; nor can a conditional claim which has lapsed as a result of a failure to fulfil the condition (see *Gratzinger and Gratzingerova v. the Czech Republic* (dec.), no. 39794/98, § 69, ECHR 2002-VII).

213. However, in certain circumstances a “legitimate expectation” of obtaining an asset may also enjoy the protection of Article 1 of Protocol No. 1. Thus, where a proprietary interest is in the nature of a claim, the person in whom it is vested may be regarded as having a legitimate expectation if there is a sufficient basis for the interest in national law, for example where there is settled case-law of the domestic courts confirming its existence (see *Kopecký v. Slovakia* [GC], no. 44912/98, § 52, ECHR 2004-IX).

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

214. The Court notes that the present case raises the preliminary question of the applicability of Article 1 of Protocol No. 1 to the facts of the instant case. It notes that the parties have diametrically opposed views on this matter, especially regarding the status of the human embryo *in vitro*.

215. It considers, however, that it is not necessary to examine here the sensitive and controversial question of when human life begins as Article 2 of the Convention is not in issue in the instant case. With regard to Article 1 of Protocol No. 1, the Court considers that it does not apply to the present case. Having regard to the economic and pecuniary scope of that Article, human embryos cannot be reduced to “possessions” within the meaning of that provision.

216. As Article 1 of Protocol No. 1 is not applicable in the instant case, this part of the application must be rejected as incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention, in accordance with Article 35 §§ 3 and 4 thereof.

## FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Rejects*, unanimously, the objection raised by the Government on the ground of non-exhaustion of domestic remedies;
2. *Rejects*, by a majority, the objection raised by the Government on the ground of delay in lodging the application;
3. *Rejects*, by a majority, the objection raised by the Government on the ground that the applicant lacks victim status;
4. *Declares*, by a majority, the application admissible regarding the complaint based on Article 8 of the Convention;
5. *Declares*, unanimously, the application inadmissible regarding the complaint based on Article 1 of Protocol No. 1;
6. *Holds*, by sixteen votes to one, that there has been no violation of Article 8 of the Convention.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 27 August 2015.

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 Pinto de Albuquerque;
- (b) concurring opinion of Judge Dedov;
- (c) joint partly concurring opinion of Judges Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou and Dedov;
- (d) joint partly dissenting opinion of Judges Casadevall, Ziemele, Power-Forde, De Gaetano and Yudkivska;
- (e) partly dissenting opinion of Judge Nicolaou;
- (f) dissenting opinion of Judge Sajó.

D.S.  
J.C.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE PINTO DE ALBUQUERQUE

### I. Introduction

1. I have no objections to the admissibility and inadmissibility decisions of the majority of the Grand Chamber<sup>1</sup>. However, I cannot follow their reasoning on the substantive issue at stake, namely the use of cryopreserved embryos for stem-cell research. I nevertheless voted, without hesitation, with the majority for a finding of no violation of Article 8 of the European Convention on Human Rights (“the Convention”).

### II. Human embryo research in international law

#### A. United Nations standards

##### (i) The Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights

2. As can be seen from Article 6 § 1 of the International Covenant on Civil and Political Rights and from the ninth paragraph of the Preamble to the Convention on the Rights of the Child, international law is not indifferent to the need to protect potential human life. But Article 15 § 3 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) of 1966 also obliges the States Parties “to respect the freedom indispensable for scientific research”. Yet this scientific freedom may be restricted in order to promote the “general welfare in a democratic society” (Article 4 of the ICESCR). The protection of unborn human life as an indispensable social value in a democratic society, which concerns the welfare not only of present but also future generations, falls squarely within the restriction clause of Article 4 of the ICESCR, read in the light of the developments of international law in the second half of the twentieth century.

In fact, the United Nations have taken significant steps towards acknowledging the human dignity of embryos by protecting them in the context of scientific research and human experimentation, starting with the adoption of the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights by the General Conference of the United Nations Educational,

---

1. In my view, the non-exhaustion of domestic remedies is the only problematic issue, but this objection was properly dismissed in view of the explicit position of the Italian Constitutional Court, which has adjourned its examination of a case raising the same legal question, pending the decision of the Grand Chamber in the present case (see paragraph 53 of the present judgment).

Scientific and Cultural Organisation (Unesco) in 1997<sup>2</sup>, endorsed by the United Nations General Assembly in 1998<sup>3</sup>. The Declaration provides that the human genome underlies recognition of the inherent dignity and diversity of the human family. Everyone has a right to respect for their dignity and their rights, regardless of their genetic characteristics. That dignity makes it imperative not to reduce individuals to their genetic characteristics and to respect their uniqueness and diversity. The human genome, which by its nature evolves, is subject to mutations. It contains potentialities that are expressed differently according to each individual's natural and social environment. The human genome in its natural state must not give rise to financial gains. The Declaration further states that no research or research applications concerning the human genome, in particular in the fields of biology, genetics and medicine, should prevail over the respect for the human rights, fundamental freedoms and human dignity of individuals or groups of people. Practices that are contrary to human dignity, such as reproductive cloning of human beings, are not permitted.

**(ii) The International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects**

3. In 2002 the Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS), in collaboration with the World Health Organization (WHO), updated the International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects, which concern the application of three basic ethical principles, namely, respect for persons, beneficence and justice, to research involving human subjects<sup>4</sup>. Accordingly, they provide that biomedical research involving human subjects can be ethically justifiable only if it is carried out in ways that respect and protect, and are fair to, the subjects of that research and are morally acceptable within the communities in which the research is carried out<sup>5</sup>.

2. Unesco General Conference 29 C/Resolution 17, Unesco GC, 29th session (11 November 1997), adopted unanimously and by acclamation. See also the Guidelines for the Implementation of the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights annexed to 30 C/Resolution 23 (16 November 1999). These Resolutions had already been anticipated by the World Medical Association Declaration on Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects, which will be dealt with later on in this opinion.

3. UN General Assembly Resolution A/RES/53/152, 9 December 1998, adopted without a vote.

4. The Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS) is an international, non-governmental, non-profit organisation established jointly by the WHO and Unesco in 1949. Like those of 1982 and 1993, the 2002 CIOMS Guidelines are designed to be of use to countries in defining national policies on the ethics of biomedical research involving human subjects.

5. See also the WHO publication "Standards and Operational Guidance for Ethics Review of Health-Related Research with Human Participants", 2011. In 2003 the WHO had already approved the Guideline for Obtaining Informed Consent for the Procurement and Use of Human Tissues, Cells and Fluids in Research, in order to assist researchers in dealing with the ethical issues relating to how clinical

**(iii) The International Declaration on Human Genetic Data**

4. The International Declaration on Human Genetic Data was adopted by the General Conference of Unesco in October 2003<sup>6</sup>. The purposes of the declaration are to ensure the respect for human dignity and protection of human rights and fundamental freedoms in the collection, processing, use and storage of human genetic data, human proteomic data and of the biological samples from which they are derived, in keeping with the requirements of equality and justice. The Declaration provides that each individual has a characteristic genetic make-up. Nevertheless, a person's identity should not be reduced to his or her genetic characteristics. Human genetic data and human proteomic data may be collected, processed, used and stored only for the purposes of medical and other scientific research or any other purpose consistent with the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights and international human rights law.

**(iv) The United Nations Declaration on Human Cloning**

5. The United Nations Declaration on Human Cloning was adopted by the United Nations General Assembly in March 2005<sup>7</sup>. The Declaration calls upon member States to adopt all measures necessary to adequately protect human life in the application of life sciences, to prohibit all forms of human cloning in as much as they are incompatible with human dignity and the protection of human life, and to adopt the measures necessary to prohibit the application of genetic engineering techniques that may be contrary to human dignity.

**(v) The Universal Declaration on Bioethics and Human Rights**

6. The Universal Declaration on Bioethics and Human Rights was adopted by acclamation by the General Conference of Unesco in October 2005<sup>8</sup>. The Declaration addresses ethical issues related to medicine, life sciences and associated technologies as applied to human beings. It stresses the need for scientific research to occur within the framework of ethical principles

---

research materials should be obtained, used and eventually disposed of, as well as informed consent. The guideline also applies to previously collected human biological materials stored in repositories. It provides that monetary payment or other inducement for donating embryonic tissue for research is expressly prohibited.

6. Unesco General Conference Resolution 32 C/15, Unesco GC, 32<sup>nd</sup> session (2003).

7. United Nations General Assembly Resolution 280, Fifty-ninth session (March 23, 2005), UN Doc. A/RES/59/280. The declaration was passed with 84 countries voting in its favour, 34 countries voting against it, and 37 countries abstaining.

8. Unesco General Conference, 33<sup>rd</sup> session (2005).

and to respect human dignity, human rights and fundamental freedoms. The interests and welfare of the individual should have priority over the sole interest of science or society. In applying and advancing scientific knowledge, medical practice and associated technologies, direct and indirect benefits to affected individuals should be maximised and any possible harm to such individuals should be minimised. The fundamental equality of all human beings in dignity and rights is to be respected so that they are treated justly and equitably. No individual or group should be discriminated against or stigmatised, in violation of human dignity, human rights and fundamental freedoms. The impact of life sciences on future generations, including on their genetic constitution, must be given due regard.

**(vi) Opinions of the Unesco International Bioethics Committee**

7. The Unesco International Bioethics Committee (IBC) outlined its position in regard to embryonic stem cells in a report entitled “The Use of Embryonic Stem Cells In Therapeutic Research: Report of the IBC on the Ethical Aspects of Human Embryonic Stem Cell Research”, in 2001<sup>9</sup>. For the purposes of the report, the human embryo is examined in its early stages of development and before implantation in the uterus. If research is allowed on human embryos with the purpose of deriving embryonic stem cells, then it must be subjected to strict supervision and severe basic constraints, including full consent on the part of the donors and justification in terms of the benefit to humanity. Research for non-medical purposes would be clearly unethical, as would research which goes beyond the very early stages of embryonic development. The medical applications of the research must be well-identified therapeutic applications and not trivial or cosmetic non-medical desires, nor *a fortiori* for eugenic enhancement. Under no circumstances should human embryo donation be a commercial transaction, and steps should be taken to discourage financial incentives.

Human embryonic stem-cell research – and embryo research in general – is a matter on which each community will have to decide itself. Steps should be taken to ensure that such research be carried out within the framework of a State-sponsored regulatory system that would give due weight to ethical considerations, and set up appropriate guidelines. When authorisation of donations of supernumerary pre-implantation embryos

9. Unesco International Bioethics Committee, “The Use of Embryonic Stem Cells In Therapeutic Research: Report of the IBC on the Ethical Aspects of Human Embryonic Stem Cell Research”, BIO-7/00/GT-1/2(Rev.3), 6 April 2001. The IBC is a body, created in 1993 and made up of thirty-six independent experts, that follows progress in the life sciences.

from *in vitro* fertilisation (IVF) treatments for therapeutic embryonic stem-cell research is under consideration, attention should be given to the dignity and rights of both parental donors of embryos. Thus, it is essential that the donation be made only after the donors have been given full information as to the implications of the research and have given free and informed consent. Alternative technologies for obtaining human stem-cell lines, from genetically compatible sources for therapeutic research on transplantation, should be considered. In all aspects of research involving human embryos, particular importance should be given to respect for human dignity and the principles set out in the Universal Declaration of Human Rights of 1948 and the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights of 1997.

8. In 2003, in its “Report of the IBC on Pre-implantation Genetic Diagnosis and Germ-line Intervention”<sup>10</sup>, the IBC affirmed that the destruction of embryos for non-medical reasons or termination of pregnancies because of a specific gender were not “counterbalanced” by preventing subsequent suffering from a severe disease. Germ-line intervention was aimed at correcting a specific genetic abnormality in germ cells or early-stage embryos or involved the introduction of genes that may confer additional traits to the embryo. The IBC highlighted that, in regard to germ-line intervention, the distinction between “therapeutic purposes” and “enhancement of normal characteristics” was not clear. It reiterated that “germ-line interventions could be contrary to human dignity”.

9. In the “Report of IBC on Human Cloning and International Governance”<sup>11</sup>, the IBC noted that the terms “reproductive cloning” and “therapeutic cloning” introduced into bioethical debates did not adequately describe the technical procedures used. New scientific developments such as induced pluripotent stem cells opened new possibilities of research and, in the medium term, of therapeutic applications.

10. In a report entitled “Advice of the IBC on the Patentability of the Human Genome”<sup>12</sup>, the IBC acknowledged that allowing the patenting of the human genome could inhibit research and monopolise scientific knowledge, and was of the view that there were strong ethical grounds for excluding the human genome from patentability.

---

10. Unesco International Bioethics Committee, Report of the IBC on Pre-implantation Genetic Diagnosis and Germ-line Intervention, SHS-EST/02/CIB-9/2(Rev.3), 24 April 2003.

11. Unesco International Bioethics Committee, Report of IBC on Human Cloning and International Governance, SHS/EST/CIB-16/09/CONF503/2 Rev.2, June 2009.

12. Unesco International Bioethics Committee, Advice of the IBC on the Patentability of the Human Genome, Eighth session of Unesco (IBC), Paris, 12-14 September 2001.

## **B. Universal professional standards**

### **(i) The World Medical Association Declaration of Helsinki – Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects**

11. The World Medical Association approved the Declaration of Helsinki as a statement of ethical principles for medical research involving human subjects, including research on identifiable human material and data. Approved in 1964 and last amended in 2013, the Declaration provides that the primary purpose of medical research involving human subjects is to understand the causes, development and effects of diseases and to improve preventive, diagnostic and therapeutic interventions. Even the best-proven interventions must be continually evaluated by further research for their safety, effectiveness, efficiency, accessibility and quality. Medical research is subject to ethical standards that promote and ensure respect for all human subjects and protect their health and rights. That goal can never take precedence over the rights and interests of individual research subjects. Medical research involving human subjects may only be conducted if the importance of the objective outweighs the risks and burdens to the research subjects. Some groups and individuals are particularly vulnerable and may have an increased likelihood of being wronged or of incurring additional harm. They should receive specifically considered protection. Medical research with a vulnerable group is only justified if the research is responsive to the health needs or priorities of this group and the research cannot be carried out in a non-vulnerable group. In addition, this group should stand to benefit from the knowledge, practices or interventions that result from the research.

### **(ii) The International Society for Stem Cell Research Guidelines for the Conduct of Human Embryonic Stem Cell Research**

12. The 2006 Guidelines of the International Society for Stem Cell Research are meant to emphasise the responsibility of scientists to ensure that human stem-cell research is carried out according to rigorous standards of research ethics, and to encourage uniform research practices that should be followed by all human stem-cell scientists globally. The guidelines focus on issues unique to stem-cell research that involve pre-implantation stages of human development, research on the derivation or use of human pluripotent stem-cell lines, and on the range of experiments where such cells might be incorporated into animal hosts.

All experiments pertinent to human embryonic stem-cell research that involve pre-implantation stages of human development, human embryos or embryonic cells, or that entail incorporating human totipotent or

pluripotent cells into animal chimeras, must be subject to review and approval. Furthermore, all such experiments must be subjected to ongoing monitoring by a special oversight mechanism or body. Investigators should seek approval through a process of Stem Cell Research Oversight.

Forms of research that should not be pursued because of broad international consensus that such experiments lack a compelling scientific rationale or raise strong ethical concerns include: *in vitro* culture of any post-fertilisation human embryos or organised cellular structures that might manifest human organismal potential, regardless of the derivation method, for longer than fourteen days or until formation of the primitive streak begins, whichever occurs first; research in which any products of research involving human totipotent or pluripotent cells are implanted into a human or non-human primate uterus; and research in which animal chimeras incorporating human cells, with the potential to form gametes, are bred to each other.

### C. Inter-American standards

13. Article 1 of the 1948 American Declaration on the Rights and Duties of Man provides that “[e]very human being has the right to life, liberty, and the security of his person”. The drafters of the American Declaration specifically rejected a proposal for the Declaration to state that the right to life starts at conception<sup>13</sup>.

Article 4 § 1 of the 1969 American Convention on Human Rights states: “Every person has the right to have his life respected. This right shall be protected by law and, in general, from the moment of conception.” However, the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) has examined the preparatory works and determined that the American Convention language recognising a right to life, “in general, from the moment of conception” was not intended to confer an absolute right to life before birth<sup>14</sup>. In *Artavia Murillo et al.*<sup>15</sup>, the Inter-American Court of Human Rights decided that the respondent State had based its ban on *in vitro* fertilisation on an absolute protection of the embryo that, by failing to take other competing rights into account, had involved an arbitrary and excessive interference in private and family life. In contrast, the impact on the protection of prenatal life was very slight because the risk of embryonic loss was present both in IVF and in natural pregnancy. Moreover, the interference had discriminatory effects for those persons whose only possible

13. Resolution no. 23/81, OEA/Ser. L/V/II.54, Doc. 9 Rev. 1, § 18 (b), 6 March 1981.

14. *Baby Boy v. the United States*, Resolution No. 23/81 of the IACHR, 6 March 1981.

15. *Artavia Murillo et al. (“in vitro fertilization”) v. Costa Rica* (preliminary objections, merits, reparations and costs), judgment of 28 November 2012, Series C No. 257, paragraphs 315-16.

treatment for infertility was *in vitro* fertilisation. The Inter-American Court also concluded that the human embryo prior to implantation could not be understood to be a person for the purposes of Article 4 § 1 of the American Convention.

#### **D. African standards**

14. Article 4 of the African Charter on Human and Peoples' Rights adopted in 1981 states that “[h]uman beings are inviolable. Every human being shall be entitled to respect for his life and the integrity of his person”. The drafters of the African Charter specifically rejected language protecting the right to life from the moment of conception<sup>16</sup>.

The Organisation of African Unity, now the African Union, passed the Resolution of Bioethics in 1996<sup>17</sup>. The African Union supported the principles of inviolability of the human body, the genetic heritage of the human species and the non-subjection of the human body, its components, and particularly the human genes and the sequences thereof, to commercial and property rights. It pledged to supervise research facilities on embryos.

15. In 2008 the Unesco Cairo office organised an “Expert Meeting of Ethical and Legal Issues in Human Embryo Research” aimed at addressing the issue of embryonic research, in partnership with the WHO and the Islamic Educational, Scientific and Cultural Organization. The recommendations included in the final report of the meeting are “intended to fit within the distinctive religious and social cultures and values of the Eastern Mediterranean and the Arab region”. The report recommends that where research and/or biological materials are allowed to be imported from other countries, care should be taken to ensure that their procurement and creation do not contradict ethical or religious values or traditions. The purpose of ethically appropriate, cost-beneficial research should be defined considering such purposes as the study of human genetics and infertility treatment. Research that a country may consider unacceptable should include reproductive cloning, germ-line therapy, and germ-line genetic manipulation. Countries should create or review provisions on issues such as the use of surplus embryos from IVF for research, research cloning, and tissue typing (HLA) of embryonic, foetal or other cells for treatment of a child already born. Countries should consider the forms of embryonic stem-cell research that require special oversight, what agency should conduct the oversight and what body should be accountable. Countries should monitor and exchange information that would reduce or eliminate

16. Draft African Charter on Human and Peoples' Rights, Article 17, O.A.U. Doc. CAB/LEG/67/1 (1979).

17. Resolution AHG/Res.254 (XXXII).

the need for embryonic stem-cell research, such as the development of induced pluripotent stem cells and cell lines that are safe for use in humans.

## E. European standards

### (i) The European Union standards

16. Article 3 of the Charter of Fundamental Rights states:

“1. Everyone has the right to respect for his or her physical and mental integrity.

2. In the fields of medicine and biology, the following must be respected in particular:

– the free and informed consent of the person concerned, according to the procedures laid down by law,

– the prohibition of eugenic practices, in particular those aiming at the selection of persons,

– the prohibition on making the human body and its parts as such a source of financial gain, the prohibition of the reproductive cloning of human beings.”<sup>18</sup>

17. Directive 98/44/EC of 6 July 1998 of the European Parliament and of the Council on the legal protection of biotechnological inventions aims at enhancing the European Union’s competitiveness in the global market, protects the intellectual property of major industries, and sustains innovative techno-scientific research, but also aims to respect the fundamental principles safeguarding the dignity and integrity of the person, while asserting the principle that “the human body, at any stage in its formation or development, including germ cells, and the simple discovery of one of its elements or one of its products, including the sequence or partial sequence of a human gene, cannot be patented”.

Notwithstanding the fact that it does not provide a legal definition of the term “human embryo”, the Directive lays down rules on the use of human embryos for scientific purposes, by providing that “[i]nventions shall be considered unpatentable where their commercial exploitation would be contrary to *ordre public* or morality; however, exploitation shall not be deemed to be so contrary merely because it is prohibited by law or regulation.” More specifically, processes for cloning human beings, for modifying the germ-line genetic identity of human beings, and uses of human embryos for industrial or commercial purposes, among others, are

18. The Commentary of the Charter, written by the EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, explains that Article 3 (paragraph 2) was drafted with the purpose of limiting certain practices in the fields of medicine and biology. Furthermore, it states that the four principles guaranteed therein are not exhaustive and that they should be read in line with the provisions of the Council of Europe Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine (Oviedo Convention).

not patentable. It follows that the European Union expressly considers the use of human embryos for industrial or commercial purposes to be contrary to the minimum requirement set by respect for *ordre public* or morality<sup>19</sup>.

18. In October 2011 the Court of Justice of the European Union (CJEU) provided further clarification on the use of human embryos for scientific purposes in *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV* (C-34/10). Regarding the interpretation of the term “human embryo”, the CJEU acknowledged that the term entailed a broad concept that “must be understood in a wide sense.” On that ground the Grand Chamber of the CJEU concluded that the term was intended to refer to any human ovum as soon as it has been fertilised, since that moment was crucial to the commencement of the development of the human being. That classification must also apply to a non-fertilised human ovum into which the cell nucleus from a mature human cell had been transplanted and a non-fertilised human ovum whose division and further development had been stimulated by parthenogenesis. The Grand Chamber ruled that the use of embryos for the purpose of scientific research was not patentable. However, it recognised the patentability of the use of embryos for therapeutic or diagnostic purposes when applied to a human embryo and useful to the embryo itself. Lastly, the Court established that patentability was also excluded when the implementation of an invention required prior destruction of the human embryo or their use as base material, whatever the stage at which that took place and even if the description of the technical teaching claimed did not refer to the use of human embryos. Since the embryo enjoyed human dignity from the moment of fertilisation, it was not possible to distinguish different phases of development from the time of fertilisation that would justify a lesser degree of protection of the embryo over a certain period of time. Being an “autonomous concept of European law”, the human embryo benefited from mandatory legal protection afforded by virtue of respect for its inherent human dignity, which precluded the possibility that member States of the Union would deprive the human embryo of its protection or provide a lesser degree of protection than that asserted by the crystal-clear decision of the judges of the CJEU.

19. The European Group on Ethics in Science and New Technologies to the European Commission (EGE) issued its first opinion on the use of embryonic cells for research in a report, entitled “Ethical Aspects of Research Involving the Use of Human Embryos in the Context of the

---

19. See also the European Union policies on funding research and technological development cited in paragraphs 62 to 64 of the present judgment. The practice has been that projects which include research activities that destroy human embryos, including for the procurement of stem cells, are excluded.

Fifth Framework Program”, in 1998<sup>20</sup>. It noted that, despite fundamental differences in viewpoints, the common values and principles on the topic included respect for human life, relief from human suffering, the need to guarantee the quality and safety of medical treatment, freedom of research and the informed consent of the women or couples concerned. With regard to IVF treatment, the opinion acknowledged that IVF technology usually gave rise to spare embryos, and where cryopreservation was not possible, the only two options were research (leading to destruction) and destruction. As such, the Group concluded that “funding should not *a priori* exclude human embryo research which [was] the object of different ethical choices in different countries but that this funding should, nevertheless, only be granted under the strict conditions set out in the following paragraphs. ...”.

20. In 2000 the EGE issued a second opinion supplementing its earlier one with a report, entitled “Ethical Aspects of Human Stem Cell Research and Use”<sup>21</sup>. In the context of European pluralism, it is up to each member State to forbid or authorise embryo research. In the latter case, respect for human dignity requires regulation of embryo research and the provision of guarantees against risks of arbitrary experimentation and instrumentalisation of human embryos. The creation of embryos with gametes donated for the purpose of stem-cell procurement is ethically unacceptable when spare embryos represent a ready alternative source. Remote therapeutic perspectives must be balanced against considerations related to the risks of trivialising the use of embryos and exerting pressure on women, as sources of oocytes, and increasing the possibility of their instrumentalisation. Free and informed consent is required not only from the recipient. The donor should be informed of the possible use of her embryonic cells for the specific purpose in question before requesting consent. The potential for coercive pressure should not be underestimated when there are financial incentives involved. Embryos must not be bought or sold, nor even offered for sale. Measures should be taken to prevent such commercialisation.

21. In 2002 the EGE issued an opinion regarding the patentability of human embryonic stem cells<sup>22</sup>. With regard to the applicability of patents, the EGE concluded that isolated stem cells which had not been modified did not, as a product, fulfil the legal requirements – especially with regard to industrial applications – to be regarded as patentable. When unmodified

---

20. EGE Opinion no. 12, Ethical aspects of research involving the use of human embryos in the context of the 5th framework programme, 23 November 1998. The EGE is an independent body that advises the European Commission on ethical issues in science and new technologies in connection with legislation and policy.

21. EGE Opinion no. 15, Ethical aspects of human stem cell research and use, 14 November 2000.

22. EGE Opinion no. 16, ethical aspects of patenting inventions involving human stem cells, 7 May 2002.

stem-cell lines were established, they could hardly be considered a patentable product. To patent such unmodified stem-cell lines would also lead to patents that were too broad in scope. Only stem-cell lines which had been modified by *in vitro* treatments or genetically modified so that they had acquired characteristics for specific industrial application fulfilled the legal requirement for patentability. As to processes involving human stem cells, whatever their source, there was no specific ethical obstacle in so far as they fulfilled the three requirements of patentability.

22. In 2007 the EGE made recommendations on the ethical review of funding for research projects concerning embryonic stem cells, recognising the need to promote research, serve the public interest, promote international cooperation, respect member State autonomy and embed ethics within research initiatives<sup>23</sup>. The report stated that embryonic stem-cell lines had to result from non-implanted IVF embryos, and that if any alternatives to these types of stem cells should be found their use should be maximised. In addition, it stressed that donors' rights had to be protected and safeguarded in terms of health, informed consent, data protection and free donation. The EGE concluded that the use of human embryos to generate stem cells "should be minimised as much as possible in the EU".

**(ii) Council of Europe standards**

23. The Council of Europe first dealt with the issue of the use of human embryos for scientific purposes in Recommendation 1046 (1986) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) on the use of human embryos and fetuses for diagnostic, therapeutic, scientific, industrial and commercial purposes. The Assembly considered that human embryos and fetuses must be treated in all circumstances with the respect due to human dignity and that use of materials and tissues therefrom must be strictly limited and regulated to purposes which were clearly therapeutic and for which no other means existed. Consequently, it called on the governments of the member States to: limit the use of human embryos and fetuses and materials and tissues therefrom in an industrial context to purposes which were strictly therapeutic and for which no other means existed; forbid any creation of human embryos by IVF for the purposes of research during their life or after death; and forbid anything that could be considered to be an undesirable use or deviations from these techniques,

---

23. EGE Opinion no. 22, Recommendations on the ethical review of hESC FP7 research projects, 20 June 2007.

including research on viable human embryos and experimentation on living human embryos, whether viable or not<sup>24</sup>.

PACE Recommendation 1100 (1989) on the use of human embryos and foetuses in scientific research emphasised that the human embryo, though displaying successive phases in its development, “none the less maintain[ed] a continuous biological and genetic identity”. Thus, it prohibited the intentional creation and/or keeping alive of embryos or foetuses, whether *in vitro* or *in utero*, for any scientific research purpose, for instance to obtain genetic material, cells, tissues or organs therefrom.

PACE Resolution 1352 (2003) on human stem cell research emphasised that “[t]he destruction of human beings for research purposes [was] against the right to life of all humans and against the moral ban on any instrumentalisation of humans” and thus called on member States to promote stem-cell research as long as it respected the life of human beings in all states of their development<sup>25</sup>.

24. Article 18 of the Oviedo Convention reads as follows.

“1. Where the law allows research on embryos *in vitro*, it shall ensure adequate protection of the embryo.

2. The creation of human embryos for research purposes is prohibited.<sup>26</sup>”

This provision affirms the application of the subsidiarity principle by establishing that the primary legal parameter to consider is the domestic law of the member State concerned. However, paragraph 1 establishes a mandatory legal status that must be secured to the embryo, which must benefit from “adequate protection”. Thus, the use of embryos for scientific purposes must not be assessed on a casuistic basis, but subjected to a principled evaluation of the “adequateness” of the protection provided to the embryo, according to the European legal parameter. The drafters of the Oviedo Convention gave a clear indication to that effect in paragraph 2 of

24. The point of departure of the Assembly was that “from the moment of fertilisation of the ovule, human life develops in a continuous pattern, and that it is not possible to make a clear-cut distinction during the first phases (embryonic) of its development”. In its Recommendation 874 (1979) on a European Charter on the Rights of the Child, the Assembly had already asserted “the rights of every child to life from the moment of conception”.

25. See also Resolution 1934 (2013) on ethics in science and technology.

26. The Oviedo Convention (ETS no. 164) was adopted on 4 April 1997 in Oviedo, Spain, and came into force on 1 December 1999. Hitherto it has been ratified by twenty-nine States. The Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings (ETS no. 168) was adopted on 12 January 1998 and came into force on 1 March 2001. The Additional Protocol on Human Rights and Biomedicine, concerning Biomedical Research (ETS no. 195), which was adopted on 25 January 2005 and came into force on 1 September 2007, covers the full range of research activities in the health field involving interventions on human beings, including on foetuses and embryos *in vivo*.

Article 18, which expressly prohibits the creation of human embryos with the aim of applying them in research, and in Article 14, which prohibits sex selection<sup>27</sup>. Moreover, that principled evaluation is guaranteed by the United Nations Declaration on Human Cloning, which calls upon member States to adopt all measures necessary to “adequately” protect human life in the application of life sciences.

Complementing the European Convention on Human Rights in the field of biomedicine and genetic science, the Oviedo Convention aims to establish European standards in this field<sup>28</sup>. Two consequences derive from this. *Firstly, the European Court of Human Rights (“the Court”) is the ultimate interpreter and guarantor of the rights, freedoms and obligations set out in the Oviedo Convention (Article 29 of this Convention) and hence of the “adequateness” of the protection provided to the embryo, especially vis-à-vis genetic engineering techniques contrary to human dignity.* The above-mentioned problem that the distinction between “therapeutic” techniques and techniques aiming at the “enhancement of normal characteristics” is not always clear only increases the need for careful oversight by the Court.

Secondly, the ratification of the Oviedo Convention and its Protocols by a large number of States is a strong indication that a growing European consensus has been built around the provisions of this Convention and its Protocols. This consensus is strengthened by the above-mentioned Resolutions and PACE Recommendations, the Charter of Fundamental Rights of the European Union and its additional legislative and jurisprudential framework, namely, Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 and the crucial *Oliver Brüstle* judgment, which all reflect the worldwide trend of international law towards acknowledging legal protection of the human embryo. In the light of all these materials, if a margin of appreciation is to be afforded to member States of the Council of Europe on issues related to a human being’s existence and identity, and particularly scientific research on the human embryo, that margin should be a narrow one<sup>29</sup>.

27. It should be pointed out that Article 14 is one of the absolute provisions of the Oviedo Convention, as can be seen from Article 26 § 2.

28. See paragraphs 8-20 and 165 of the Explanatory Report to the Oviedo Convention.

29. To this extent I fully share the Grand Chamber’s conclusion that the Oviedo Convention is a sign of the narrowing of the Council of Europe member States’ margin of appreciation (see paragraph 182 of the present judgment). In *Evans v. the United Kingdom* ([GC], no. 6339/05, ECHR 2007-I), which also concerned the fate of frozen human embryos, the parties and the Court agreed that Article 8 was applicable and that the case concerned the applicant’s right to respect for her private life. According to the powerful joint dissenting opinion of Judges Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann and Ziemele, “[a] sensitive case like this cannot be decided on a simplistic, mechanical basis, namely, that there is no consensus in Europe, therefore the Government have a wide margin of appreciation; the legislation falls within the margin of appreciation ... that margin of appreciation should not prevent the Court

Inspired by a similar clause contained in Article 53 of the European Convention on Human Rights, Article 27 of the Oviedo Convention provides for the possibility of a wider measure of protection of human life by national law. However, this should not be interpreted as affording a “broad” margin of appreciation. The two issues should not be confused, as the majority seem to do in paragraph 181 of the present judgment. It is one thing for the possibility of national legislation to provide broader protection to human life, human beings, foetuses and embryos, as provided for by Article 27 of the Oviedo Convention<sup>30</sup>, and quite another to accept a “broad” margin of appreciation in this field, which could eventually be used, or rather, misused to enact legislation diminishing the protection of human beings, foetuses and embryos<sup>31</sup>.

25. Consequently, a positive obligation on the State to protect the embryo and other forms of prenatal human life, both *in vitro* and *in utero*, must be derived from both Articles 2 and 8 of the Convention. This positive obligation includes: firstly, the obligation to promote the natural development of embryos; secondly, the obligation to promote scientific research for the benefit of the individual embryo subject to it; thirdly, the obligation to define the exceptional cases where embryos and embryonic stem lines may be used and how; and, fourthly, the obligation to punish under criminal law the use of embryos outside the lawful exceptions.

26. Some argue that this is an evolving domain and that the Court should therefore not compromise itself by establishing any definitive scientific position that might change in the future. This is a double-edged argument. It can serve to limit the Court’s interference with the State’s margin of appreciation, but it can also be used to expand the Court’s oversight of the State’s interference with unborn life. Precisely because this

---

from exercising its control, in particular in relation to the question whether a fair balance between all competing interests has been struck at the domestic level. The Court should not use the margin of appreciation principle as a merely pragmatic substitute for a thought-out approach to the problem of proper scope of review”. An identical comment could be made in *Parrillo*.

30. See paragraphs 161 to 162 of the Explanatory Report to the Oviedo Convention. In the case of a conflict between the freedom of research and the protection due to embryos, States parties may go beyond the mandatory “adequate” protection due to the latter, and adopt more prohibitive policies.

31. It is worthwhile pointing out that PACE Recommendation 934 (1982) on genetic engineering had already called for States “to provide for explicit recognition in the European Convention on Human Rights of the right to a genetic inheritance which has not been artificially interfered with, except in accordance with certain principles which are recognised as being fully compatible with respect for human rights (as, for example, in the field of therapeutic applications)”. In fact, the Convention is not indifferent to the creation and instrumentalisation of embryos for scientific experimentation, the creation of hybrids or human cloning. These are essential questions pertaining to the protection of what ontologically can be defined as a form of human life, and are certainly within the remit of the Convention. I do not see how we can accept a wide margin of appreciation under the Convention if a Contracting Party wants, for example, to pursue a eugenic or racist pre-natal policy.

domain may evolve in a manner seriously dangerous to humankind, as we have seen in the past, attentive scrutiny of the States' narrow margin of appreciation, and potentially preventive intervention by this Court, is an absolute requirement today. Otherwise the Court would be giving up the most basic of its tasks, namely protecting human beings from any form of instrumentalisation.

### III. The position of the parties

#### A. Purposeless nature of the legal restriction in Italy

27. The applicant considers that donating “her” five cryopreserved embryos that are not destined for implantation pertains to her “private life” within the meaning of Article 8 of the Convention and fulfils a public interest, since it provides researchers with stem cells much needed for research on incurable diseases<sup>32</sup>. On the basis of the above-mentioned interpretation of Article 8 of the Convention, in conjunction with Article 18 of the Oviedo Convention, the Government’s argument that section 13 of Law no. 40 of 19 February 2004 pursues the legitimate aim of protecting the embryo’s potential for life is acceptable. In that light, scientific research on a human embryo, authorised for therapeutic and diagnostic purposes with the aim of protecting the health and development of that embryo when no alternative methods exist, is an admissible exception to the prohibition of scientific research on human embryos.

28. To the applicant’s argument that the death of the five cryopreserved embryos is inevitable under Italy’s current legal framework, since implantation of embryos *post mortem* is prohibited, as is their donation for scientific research, the Government rightly reply that cryopreservation is of unlimited duration. Frozen embryos can be stored indefinitely. Furthermore, the use of cryopreserved embryos for non-destructive purposes, such as heterologous fertilisation, is now possible in the Italian legal order, in view of the Italian Constitutional Court’s judgment no. 162 of 2014.

#### B. Contradictory nature of the applicable Italian legal framework

29. To the applicant’s argument that the Italian legal framework, which allows for the importation and use of stem-cell lines from previously destroyed human embryos, is inconsistent, the Government convincingly reply that the production of embryonic cell lines abroad is not carried out

32. The applicant’s position is in fact contradictory because she also claims that she has a property right over her embryos. It is unacceptable to invoke at the same time a right to property and a right to privacy with regard to the human embryos “owned”. Unless the implication was that using and disposing of human beings – in the instant case human embryos – would be a form of maintaining a relationship with them.

at the request of the Italian laboratories and is not incompatible with the prohibition in Italy of such destruction. Lastly, in abortion cases the mother's interests have to be weighed against those of the foetus under Italian law, which was not the case here.

### C. Non-prohibitive European consensus

30. To the applicant's European consensus argument, the Government oppose their wide margin of appreciation, denying the existence of such a consensus on the basis of the fact that the Oviedo Convention does not require destructive scientific research on embryos, the European Union funding programme for scientific research does not provide for funding of projects involving the destruction of embryos and the *Oliver Brüstle* judgment (cited above) prohibited the patentability of inventions involving the destruction of human embryos. As argued above, the international materials referred to by the Government support the contention of a narrow margin of appreciation, precisely with a view to protecting the embryo.

### IV. The position of the majority

31. The majority's reasoning is both contradictory in terms of logic and scientifically inadmissible. It is contradictory in terms of logic because they admit, on the one hand, that the embryo is an "other" for the purposes of Article 8 § 2 of the Convention, since the protection of the embryo's potential for life may be linked to the aim of protecting the "rights and freedoms of others" (see paragraph 167 of the present judgment)<sup>33</sup>. On the other hand, however, the same majority affirm that this acknowledgment

33. This is not a new statement of principle by the Court, as can be seen from paragraph 59 of *Costa and Pavan v. Italy* (no. 54270/10, 28 August 2012). In the very exceptional human circumstances of that case, I voted for the *Costa and Pavan* findings and naturally I subscribe to the principle stated in paragraph 59. But I must also clarify today that it was not the intention of the Second Chamber to create a new Convention right to become the parent of a healthy child and therefore an unfettered negative "right to self-determination" consisting in disposing of non-implanted embryos. Neither explicitly nor implicitly was such a right established in that judgment. The judgment was determined by the principle of necessity, in so far as the test of the less intrusive measure envisages minimal impairment of the competing interests by asking whether there is an equally effective but less intrusive means available to further the same social need. In doing so, the Court also acknowledged the relevance of the precautionary principle in assessing interventions in the medical sphere, which aims at avoiding more severe interventions in favour of less severe ones at all stages of human life (on the precautionary principle in the Italian legal order, see the opinion of the *Comitato nazionale per la bioetica* (Italian National Bioethics Committee), entitled "Precautionary principle: bioethical philosophical and legal aspects", of 8 June 2004). Although paragraph 65 of *Costa and Pavan* uses the word "right", this unfortunate *maladresse de plume* should not be taken literally, since the same judgment also refers, in paragraph 57, to the parents' "desire" to have a healthy child. The circumstances of *Costa and Pavan* are in no way similar to the present case, and can certainly not be used to ground an unfettered "negative right" to decide the fate of non-implanted embryos.

does not involve any assessment by the Court as to whether the word “others” extends to human embryos. The patent logical contradiction between the two statements is so obvious that it is irremediable. The only possible reading of this contradiction is that the majority were so divided that they could not decide whether the statement of principle in paragraph 59 of *Costa and Pavan* should prevail over the opposite statement of principle in paragraph 228 of *A, B and C v. Ireland* ([GC], no. 25579/05, ECHR 2010). With some effort, one could argue that the order of the statements is indicative of a certain prevalence of the former over the latter.

In this context, it is crucially important to note that the Grand Chamber did not cite paragraph 56 from *Evans* (cited above) in which the Court had stated that “the embryos created by the applicant and J. [did] not have a right to life within the meaning of Article 2 of the Convention”, nor the Chamber judgment in that case (*Evans v. the United Kingdom*, no. 6339/05, § 46, 7 March 2006), nor even the classic statement of principle in *Vo v. France* ([GC], no. 53924/00, § 82, ECHR 2004-VIII). This omission is noteworthy. Not only does it reflect the Grand Chamber’s uneasiness with the *Evans* anti-life principle, but it furthermore consolidates the opposite principle set out in paragraph 59 of *Costa and Pavan* that the embryo is an “other”, a subject with a legal status that could and should be weighed against the legal status of the progenitors, which is absolutely in line with the position of the Italian Constitutional Court on the embryo’s right to life protected by Article 2 of the Italian Constitution<sup>34</sup>.

32. For that same reason, I also cannot accept the interpretation of the right of self-determination to found a family, referred to by the Italian Constitutional Court in judgment no. 162 of 10 June 2014, in such a way as to include a “negative right” consisting in the disposing of non-implanted

34. See the clear reasoning of judgment no. 27 of 18 February 1975 (*Ritiene la Corte che la tutela del concepito - che già viene in rilievo nel diritto civile (artt. 320, 339, 687 c.c.) - abbia fondamento costituzionale. L'art. 31, secondo comma, della Costituzione impone espressamente la “protezione della maternità” e, più in generale, l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito*) and judgment no. 35 of 30 January 1997 (*il diritto alla vita, inteso nella sua estensione più lata, sia da iscriversi tra i diritti inviolabili, e cioè tra quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione, per dir così, privilegiata, in quanto appartengono - per usare l'espressione della sentenza n. 1146 del 1988 - “all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana”*), and the opinions of the Comitato nazionale per la bioetica (Italian National Bioethics Committee) of: 22 June 1996 (Identity and status of the human embryo); 27 October 2000 (Therapeutic use of stem cells); 11 April 2003 (Research using human embryos and stem cells); 16 July 2004 (The use for research purposes of H1 and H9 cell lines deriving from human embryos); 15 July 2005 (Bioethical considerations concerning the so-called “oortid”); 18 November 2005 (Adoption for birth of cryopreserved embryos deriving from medically assisted procreation); 26 October 2007 (The fate of embryos resulting from medically assisted procreation and not complying with the conditions for implantation); and 26 June 2009 (Chimeras and hybrids, with special attention to cytoplasmic hybrids).

embryos. The reasoning in paragraph 157 of the present judgment is thus based on a rhetorical “fallacy of the undistributed middle”, according to which the majority assume that because they share a common property two separate categories are connected. In other words, in interpreting judgment no. 162, the majority assume that because the right to become a parent is an aspect of a person’s private life, as is the right to have IVF treatment, both of these rights are unfettered in so far as they are rights to “self-determination”, thus forgetting that the exercise of “self-determination” of the progenitors in the latter case may impinge upon the existence of another human life: that of the non-implanted embryo. As the Italian Constitutional Court itself said in that judgment, “[l]a libertà e volontarietà dell’atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia nel senso sopra precisato, di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti” (the freedom and voluntariness of the act which permits a person to become a parent and form a family within the meaning defined above certainly does not mean that the freedom in question can be interpreted as having no limits). In sum, the Constitutional Court’s reasoning in judgment no. 162 does not lend support to an unlimited “right to self-determination” or “freedom of choice of parties to IVF regarding the fate of embryos not destined for implantation”. It is wrong to interpret the Constitutional Court’s reasoning in favour of “adoption for birth” – that is, in favour of the embryo’s life – as allowing parties to IVF to destroy the resulting embryos.

33. The majority’s reasoning is also scientifically inadmissible because it accepts that “the embryos contain the genetic material of the person in question and accordingly represent a constituent part of that person’s genetic material and biological identity” (see paragraph 158 of the present judgment). The majority clearly overlook the fact that the embryo is a different biological identity from the person who has undergone IVF, although the embryo does contain that person’s genetic material. The statement in paragraph 158 is unacceptable, both in ontological and biological terms. The majority forget that human dignity makes it imperative to respect “the uniqueness and diversity” of each human being, as the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights puts it. In other words, every human being is far more than a unique combination of genetic information that is transmitted by his or her progenitors.

34. The lack of clarity in the majority’s reasoning is also reflected in the definition of the applicable margin of appreciation theory. In paragraph 169 of the present judgment, they acknowledge that the margin allowed to States is “restricted” in issues related to “an individual’s existence or identity”, but they also accept that “where the case raises sensitive moral or ethical issues”, the margin will be wider. Again, this makes no sense to me. Issues related

to the individual's existence or identity, namely to the beginning and end of human life, are *per se* heavily influenced by ethical and moral considerations. I would even go so far as to say that most of the human rights contained in the Convention and its Protocols are intrinsically attached to ethical and moral questions that have been the subject of debate for many years. Thus, the intrinsically moral or ethical nature of a legal issue under the scrutiny of the Court should not be a factor limiting the latter's competence or determining the margin of appreciation to be afforded to States. The argument regarding the sensitive ethical or moral nature of the issue at stake is hence irrelevant in establishing the width of the margin of appreciation<sup>35</sup>.

35. To this, the majority add, in paragraph 174 of the present judgment, that the applicant's relationship with "her" embryos "does not concern a particularly important aspect of the applicant's existence and identity". Once more, the majority contradict themselves. In paragraph 158, they say that the embryos represent a "constituent part" of the genetic material of the applicant and of her biological identity, but in paragraph 174, they contradict that statement and conclude that the protection of a "constituent part" of the applicant's biological identity is not one of the core rights of Article 8. It is beyond my understanding that the majority can, in their own logic, maintain that the core rights of Article 8 do not include the protection of a "constituent part" of the applicant's identity.

36. Having accepted that the margin of appreciation was not unlimited, the majority promise an analysis of the "arguments to which the legislature has had regard in reaching the solutions it has retained" (see paragraph 183 of the present judgment). Unfortunately, no such analysis was done. In the subsequent paragraphs the majority merely address, and then superficially, the procedure for domestic approval of the impugned legislation, referring to the "discussions that had taken account of the different scientific and ethical opinions and questions on the subject" (see paragraph 184), to a parliamentary report on the various contributions of "doctors, specialists and associations working in the field of assisted reproduction" (see paragraph 185), to some criticisms made during the debate of 19 January 2004 (see paragraph 186), and to several referendums on the legislation (see paragraph 187). The conclusion that "during the drafting process of the Law in question the legislature had already taken account of the different interests at stake" (see paragraph 188) is disappointing. It adds nothing to the substantive assessment of the question at stake.

---

35. Hence I cannot accept the reasoning in paragraphs 176 and 180 of the present judgment, which, while referring to *Evans* (cited above), *S.H. and Others v. Austria* (cited above) and *Knecht v. Romania*, no. 10048/10, 2 October 2012, concludes that "the ethical and moral questions inherent in the concept of the beginning of human life" are indicative of a "broad margin of discretion".

37. After devoting nine paragraphs to the width of the margin of appreciation (see paragraphs 174-82) and six paragraphs to the domestic procedure for approving the Law (see paragraphs 183-88), the judgment finally addresses, in paragraphs 189 to 195, the core of the applicant's arguments, namely, the alleged contradictions in the Italian legal framework. Here the majority clearly align themselves with the Government. Without delving into much detail, the important statements made in paragraphs 193 to 194 are nevertheless a clear signal to the Contracting Parties that the Court does not oppose the policy of importing and using stem-cell lines obtained from human embryos destroyed outside the European legal space, as long as they are not produced at the request of the Contracting Parties.

## V. Application of the Court's standards

38. The inadequacy of the majority's reasoning should not detract from the essential point. In spite of the hesitations and contradictions in the majority's reasoning, they reiterated the *Costa and Pavan* principle that embryos are "others" for the purposes of the Convention and, in the light of this principle, accepted that their protection justified the prohibition of human embryo research and embryonic stem cell research subject to two exceptions:

(a) scientific research on a human embryo is permissible if it has therapeutic and diagnostic purposes with the aim of protecting the health and development of the embryo and no alternative methods exist;

(b) embryonic stem-cell research is permissible on condition that it is performed exclusively with stem-cell lines obtained from human embryos destroyed outside the European legal space without any intervention of the Contracting Parties.

39. Since the embryo is not a thing or a "possession", as the Court rightly states in paragraph 215 of the present judgment, it is an "other" with whom the person who has undergone IVF has a potential parental relationship. In so far as the embryo has a unique biological identity, but shares genetic material with the progenitors, the private nature of the relationship between these human beings is unquestionable. This is why Article 8 comes into play<sup>36</sup>.

40. For the majority, the Italian legislation does not overstep the wide margin of appreciation of the respondent State (see paragraph 197 of the present judgment). To my mind, the first exception does not go beyond the narrow limits of the State's margin of appreciation in issues related to the existence and identity of human beings. Moreover, it is also in line with the aim of the Oviedo Convention, which must be perceived today

36. The same conclusion can be drawn from *S.H. and Others v. Austria*, cited above, § 82.

as complementing the European Convention on Human Rights in the field of biomedicine and genetic science. In spite of the fact that the Italian State has not yet ratified the Oviedo Convention, it has complied with its concern to protect human life, human beings, fetuses and embryos, the Convention's protection of the embryo as an "other", a subject with a legal status, the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights prohibition of discrimination based on genetic characteristics and the overarching principle in the Declaration of Helsinki that medical research on a vulnerable group is only justified if the research responds to their health needs or priorities, which – at its deepest level – cannot but encompass the most vulnerable members of all humanity: embryos.

41. The situation is more delicate in the case of the second exception. *In view of the intention of the Grand Chamber to guarantee the "right" of the embryo as an "other" throughout the European legal space, and having regard to the basic principles of legal reasoning, that exception must be interpreted narrowly. The second exception entails, logically, three consequences. Firstly, a Contracting Party to the Convention cannot use, nor permit the use in its territory of cell lines obtained from embryos destroyed outside the European legal space at that Party's initiative. Secondly, a Contracting Party cannot use, nor permit the use in its territory of cell lines obtained from embryos destroyed in the territory of another Contracting Party. Thirdly, a Contracting Party cannot use, nor permit the use in its territory of cell lines obtained from embryos destroyed outside the European legal space at the initiative of another Contracting Party.*

42. Only this strict interpretation of the second exception will safeguard its application in the context of Article 8 § 2 of the Convention. Otherwise, the use, or permission of use, in a Contracting Party's territory of cell lines obtained from embryos destroyed outside the European legal space at the initiative of that Party or any other Party to the Convention would allow the outsourcing of the Convention violation. Furthermore, the use or permission of use in a Contracting Party's territory of cell lines obtained from embryos destroyed in the territory of another Contracting Party would render the former complicit in the latter's violation of the Convention. Neither of these situations is tolerable in the light of the rules governing the international responsibility of the States read in conjunction with the Contracting Parties' Convention obligations<sup>37</sup>.

## VI. Conclusion

43. Unborn human life is no different in essence from born life. Human embryos must be treated in all circumstances with the respect due to human

37. Article 16 of the 2001 Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts could be relied on here.

dignity. Scientific research applications concerning the human genome, in particular in the field of genetics, do not prevail over the respect for human dignity. Scientific progress must not be built upon disrespect for ontological human nature. The scientific goal of saving human lives does not justify means that are intrinsically destructive of that life.

The beginning and end of human life are not questions of policy subject to the discretion of the member States of the Council of Europe. The “adequacy” of the protection provided to the embryo by the Contracting Parties to the Convention is subject to close scrutiny by the Court, since States have a narrow margin of appreciation with regard to fundamental issues related to the human being’s existence and identity. In Europe, an insurmountable limit to our possibilities of experimenting with human life is established by the Convention. Thus, it is incompatible with the Convention to produce or use living human embryos for the preparation of embryonic stem cells, or to produce cloned human embryos and then destroy them in order to produce embryonic stem cells. In the European legal space, scientific research on human embryos and embryonic stem-cell lines is allowed only in the two exceptional cases referred to above.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE DEDOV

1. The Court has not found a violation of Article 8 of the Convention. Whilst I agree with this conclusion, I believe that this case could have been much more valuable for the Court's case-law regarding the beginning of life.

2. The Court noted that the present case, unlike previous cases, did not concern the applicant's choice to become a parent, and that this weakened her position. The Court analysed the competing interests, namely, the State's wide margin of appreciation regarding the protection of embryos and the applicant's right to self-determination.

3. The Government raised the issue of the "embryo's potential for life" in support of the legitimacy of the aim of the interference. Such an important aim, which cannot be reduced to a question of the margin of appreciation, presumes that the embryo's existence is a condition for a human being's development. Since the right to life is at stake, it completely changes the judicial approach in accordance with the Court's role in interpreting the Convention, including the positive obligation of the State to safeguard the beginning of life.

4. The principle of respect for the embryo's right to life means that the judicial decision cannot be limited by reference to the margin of appreciation. Otherwise, the Court would also have to find no violation in the opposite situation: where an applicant opposed the donation of embryos to scientists, which may be permitted, or not prohibited, by a State.

5. In my view, the embryo's right to life is a key criterion for reaching the right decision. I am sure that if this criterion had been applied, many previous cases, such as *Evans v. the United Kingdom* ([GC], no. 6339/05, ECHR 2007-I), *Vo v. France* ([GC], no. 53924/00, ECHR 2004-VIII) and *S.H. and Others v. Austria* ([GC], no. 57813/00, ECHR 2011), would have been decided in favour of the applicants, who indeed wanted to become parents and, as a result, save the embryo's life.

6. There are plenty of sources to support this view. They have been submitted to the Court by the third parties and European institutions. These sources include, *inter alia*, the Communication from the European Commission on the European Citizens' Initiative "One of us" COM(2014) 355 final (Brussels, 28 May 2014), the Grand Chamber judgment of the Court of Justice of the European Union of 18 October 2011, C-34/10 *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV*, and Regulation 1291/2013 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2013 establishing Horizon 2020 – the Framework Programme for Research and Innovation (2014-2020). In particular, Parliamentary Assembly of the Council of

Europe (PACE) Recommendation 874 (1979) on a European Charter on the Rights of the Child asserted “[t]he rights of every child to life from the moment of conception”. I regret that I cannot agree with the conclusion of the Inter-American Court of Human Rights in *Artavia Murillo et al. (in vitro fertilization) v. Costa Rica* (preliminary objections, merits, reparations and costs), judgment of 28 November 2012, Series C No. 257 that “conception” occurs only after implantation of the embryo in the uterus. From the point of view of humanity, I prefer the Government’s view that, for the sake of preservation of the embryo’s potential, it is vital to implant it if another woman would like to become a mother by that method.

7. I ought also to mention PACE Resolution 1352 (2003) on human stem cell research, which is even more specific: “[t]he destruction of human beings for research purposes is against the right to life of all humans ...” (see paragraph 10 of the Resolution). Moreover, thanks to the European Citizens’ Initiative “One of Us”, the embryo’s right to life has been expressly acknowledged by millions of European citizens, and the initiative was supported by the EU governing bodies. Nevertheless, the Court is still silent on the subject. That ambiguity, which has continued from case to case, ultimately affected the applicant and her legal representatives, who were not sure which Article of the Convention should be applied in the present case, or which right should be protected: the right to private life or the property right.

8. I am not convinced that the margin of appreciation or the lack of consensus should prevent the Court from reaching such a conclusion. Since the right to life is absolute, and is one of the fundamental rights, neither the margin of appreciation nor sovereignty nor consensus is a relevant factor. A margin of appreciation is required only to determine which measures are necessary to protect a fundamental value (for example, public expenditure or a time-limit on the cryopreservation of embryos). The embryo’s life cannot be sacrificed for the purpose of inter-State competition in biomedicine.

9. The right to life is absolute, and this fundamental tenet makes it unnecessary to explain why a murderer, a disabled person, an abandoned child or an embryo should be kept alive. We do not need to evaluate their usefulness for society, but we remain hopeful regarding their potential. The embryo’s right to life cannot be called into question by the fact that, until implantation, its potential for development is something that can be maintained artificially, because any such new technology is a natural development created by human beings.

10. Even though the right to life is absolute, one might reflect on the consequences of this approach, and I would like to express some thoughts on this. Firstly, the applicant’s right to self-determination would not be affected

if the embryo were donated to another woman anonymously. Secondly, research would be directed (and is already being directed) in another way with a view to reprogramming adult cells into stem cells or to recombining the DNA, if necessary, in particular to cultivate a new organ for a diseased person from his or her own stem cells.

11. The impugned decision of the Government to maintain the embryo's life is not an extraordinary measure. The same approach is adopted in any other society which already spends public funds on supporting disabled persons or others who cannot take care of themselves. Moreover, since sperm and egg banks exist, it would not be a problem to create a bank of embryos (gametes). Ultimately, a donation – in the present case an automatic donation which some may regard as interference – is ethically acceptable if it is necessary to save a person's life.

12. The absolute nature of the right to life reconciles any ethical, moral, religious, scientific, social or other opinions. The one single ethical issue I would recognise in the development of biomedicine is the maternity/paternity issue in the context of donorship. As explained by the Government, the only means of maintaining the embryo's potential is to implant the embryo in the uterus of another woman (unable to conceive) who would like to have a child. In such a situation the applicant's status as a donor should be recognised automatically. The legal status of donor resolves ethical problems, as motherhood, in terms of family relations, differs from the mere similarity of genetic material. In *S.H. and Others v. Austria*, cited above, the Court found no violation of the applicants' rights by the respondent State as a result of the prohibition of donations of reproductive material from third persons other than either of the parents of the future child. In the opposite situation, such as in the present case, the Court has again found no violation. This has happened because the relevant principles (right to life) were not applied by the Court, and the *S.H. and Others v. Austria* case was therefore unfortunate. The present judgment makes the outcome of future cases relating to biomedicine unpredictable.

13. The role of the Court is to determine fundamental values and prevailing interests in order to examine each particular case on its merits. Accordingly, the Court cannot but conclude that the right to life as one of the fundamental rights and freedoms is at stake in the present case.

14. Since new biotechnology objectively expands our perception of the forms and conditions of human existence, I am not aware of any objective obstacles to the legal recognition of this achievement, as soon as possible, as it is well known that any delay in such recognition at national and international level is potentially life-threatening and arbitrary.

JOINT PARTLY CONCURRING OPINION  
OF JUDGES CASADEVALL, RAIMONDI,  
BERRO, NICOLAOU AND DEDOV

(*Translation*)

1. We do not entirely share the reasoning of the Grand Chamber regarding the rejection of the objection raised by the Government on the ground of non-exhaustion of domestic remedies.

2. We had initially been satisfied by the Government's analysis. In their submission, while it was true that the question of constitutionality could only be raised by the court and not by the parties – whose power was limited to requesting the court to exercise that option – and was therefore not a remedy that *in principle* had to be used for the purposes of Article 35 of the Convention, that was not true in the light of the precedent established by the famous “twin” judgments of the Constitutional Court nos. 348 and 349 of 24 October 2007, which concerned the eventuality of a conflict between Italian legislation and the Convention as interpreted by the Court.

3. The Government pointed out – correctly in our opinion – that if the lower court had considered that there was an insurmountable conflict between its interpretation of the legislation and the rights asserted by the claimant it would have had to raise a question of constitutionality. The Constitutional Court would then have examined the issue of compatibility with human rights on the merits and would have been able to set aside the domestic provisions with retroactive and *erga omnes* effect.

4. According to the precedent deriving from these two judgments of 2007, the ordinary courts now have two alternatives when examining the question of compatibility of domestic law with the Convention. Either they succeed, with all the technical means available to them, in construing domestic law in a manner compliant with the Convention as interpreted by the Court, or they *must* refer the question to the Constitutional Court, which will then set the relevant domestic legal provision aside unless it finds that there is a conflict between the Convention and the Constitution. This is an alternative in the strict sense of the term (*tertium non datur*).

5. In this context the Court's traditional case-law, cited in paragraph 101 of the present judgment, should not apply in the present case. According to that case-law, based on the lack of direct access by litigants to the Italian Constitutional Court in accordance with the rule that only a court hearing the merits of a case has the possibility of referring a question to the Constitutional Court (at the request of a party or of its own motion),

that request cannot be regarded as a remedy that has to be used in order to comply with the Convention requirements.

6. However, where a potential applicant challenges the compatibility of domestic legislation with the Convention we are no longer in the classic situation where the ordinary courts alone are master of the decision whether or not to apply to the Constitutional Court. In those circumstances, which are those of the present case, the traditional case-law is no longer relevant. If the ordinary court is placed by a potential applicant in the position of having to assess the compatibility of a domestic law with the Convention, it may of course interpret the domestic law in a manner compliant with the Convention. However, if it does not succeed in doing so it will have no choice: it will *have to* refer the question – provided of course that it is relevant for the outcome of the dispute – to the Constitutional Court.

7. In that situation, a potential applicant who has not obtained from the lower court an interpretation of the domestic legislation in a manner compliant with the Convention *has the right* to have the matter adjudicated by the Constitutional Court, with one proviso that we will examine below and is applicable in the present case.

8. Our only reason for ultimately deciding to join the majority decision rejecting that objection in the present case is the development that has occurred in the Italian Constitutional Court’s case-law in the form of judgment no. 49, deposited on 26 March 2015. In that judgment the Constitutional Court analysed, *inter alia*, the place of the Convention and the Court’s case-law in the domestic legal order, indicating in that regard that the ordinary courts were only bound to comply with the Court’s case-law where it was “well established” or expressed in a “pilot judgment”. Where a new question arises, as is undeniably the case here, the position adopted by the Constitutional Court means that a potential applicant cannot be deemed to be obliged to apply to the domestic courts before lodging an application with the Court.

9. That said, we observe that the reasoning of the present judgment – from which we must, partially, depart for the reasons outlined above – refers to judgment no. 49/2015 of the Italian Constitutional Court (see paragraph 100 of the present judgment) and that this reference gives the judgment an eclectic flavour. We see an opening here with regard to the traditional case-law.

10. The weight given to that decision in the reasoning of the present judgment paves the way, in our opinion, towards a departure from the Court’s traditional case-law – within the limits permitted by the precedent of the Italian Constitutional Court of course – which may lead it to consider that even where legislation is directly at the root of the alleged violation a

potential applicant must *in principle* first apply to the domestic courts in so far as the very substance of the precedent established in Constitutional Court judgments nos. 348 and 349 delivered in 2007, and attenuated by judgment no. 49 delivered by that court in 2015, is not called into question.

JOINT PARTLY DISSENTING OPINION OF  
JUDGES CASADEVALL, ZIEMELE, POWER-  
FORDE, DE GAETANO AND YUDKIVSKA

1. The applicant alleges that the prohibition under Italian law on donating embryos conceived through medically assisted reproduction to scientific research is incompatible with her right to respect for private life. The Court has ruled that her ability to exercise a conscious and considered choice regarding “the fate of her embryos” concerns an intimate aspect of her personal life and, accordingly, relates to her right to “self-determination” (see paragraph 159 of the present judgment). On this basis, it concludes that Article 8 of the Convention is applicable. It proceeds to find no violation because, *inter alia*, the ban was “necessary in a democratic society” to protect the rights and freedoms of others within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention.

2. Whilst we have voted for no violation of Article 8 of the Convention, there is a significant difference between our reason for so doing and the reasons outlined in the present judgment. We part company with the majority long before it reaches its assessment of the proportionality of the prohibition in question. We consider that the applicant’s complaint is incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention in accordance with Article 35 §§ 3 and 4 thereof.

3. To date, both the former Commission and the Court have considered many sensitive cases which have posed fundamental questions concerning either potential, early, embryonic or foetal human life and/or its interconnection with the personal rights of others<sup>1</sup>. Whilst the Court has found that matters related to procreation – and, in particular, to the decision of becoming or not becoming a parent – constitute an aspect of a person’s private life<sup>2</sup>, it has refrained from pronouncing on the fundamental question as to when “protected life” under the Convention begins. It has, therefore, avoided making any ruling on the status of the human embryo, as such.

4. As the judgment confirms, the applicant, in reality, has asserted the right “*to make use of embryos*” (see paragraph 149 of the present judgment)

1. See, for example, *Vö v. France* [GC], no. 53924/00, § 75 and 80, ECHR 2004-VIII; *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, ECHR 2007-I; *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, ECHR 2007-V; *Brüggemann and Scheuten v. Germany*, no. 6959/75, Commission’s report of 12 July 1977, Decisions and Reports (DR) 10, p. 100; *H. v. Norway*, no. 17004/90, Commission decision of 19 May 1992, DR 73, p. 155.

2. See, for example, *Dickson*, cited above, *Evans*, cited above, and *S.H. and Others v. Austria* [GC], no. 57813/00, ECHR 2011.

or, to put it another way, the right “*to decide the fate*” of embryos (see paragraph 152) which were created through *in vitro* fertilisation. The Court has now ruled, for the first time, that such matters as “*deciding the fate of*” or “*making use of*” human embryos fall within an individual’s right to respect for *private life* (see paragraph 152). Accordingly, the present judgment marks a critical turning point in the Court’s jurisprudence. It makes a far-reaching and, in our view, unacceptable pronouncement on the status of the human embryo.

5. The majority’s finding is disconcerting not only in terms of the utilitarian overtones used when speaking of the human embryo but also because of the disturbing rationale that forms the basis of its pronouncement. The majority’s reason for finding that a choice concerning “the fate of the embryo” falls within the scope of the applicant’s private life is “*the link existing between the person who has undergone in vitro fertilisation and the embryos thus conceived*”. This link, the majority assert, is due to the fact that “*the embryos contain the genetic material of the person in question and accordingly represent a constituent part of that person’s genetic material and biological identity*” (see paragraph 158 of the present judgment) (emphasis added).

6. To find that the embryo is “a constituent part” of the applicant’s identity is a far-reaching finding indeed. Unlike the majority, we do not consider that embryos can be reduced to constituent parts of anyone else’s identity – biological or otherwise. Whilst sharing the genetic make-up of its biological “parents”, an embryo is, at the same time, a separate and distinct entity albeit at the very earliest stages of human development. If a human embryo is no more than a constituent part of another person’s identity then why the abundance of international reports, recommendations, conventions and protocols that relate to its protection? These instruments reflect the broad general acceptance within the human community that embryos are more than simply “things”. They are, as the Parliamentary Assembly of the Council of Europe has put it (in paragraph 10 of Recommendation 1046 (1986)), entities that “*must be treated in all circumstances with the respect due to human dignity*” (see part III, Council of Europe documents, section A, of the present judgment).

7. In adopting the approach it has taken in this case, the Court has endorsed a positivist and reductionist view of the human embryo. It has classified it as “*a constituent part*” of another person’s genetic material and biological identity and has thus decided that its fate and the “use” to which it may be put is a matter that falls within that other person’s right to respect for private life. Embryos, like all other human entities, inevitably, share the genetic DNA of their biological “parents”. The mere sharing of

genetic material is an unsafe and arbitrary basis for determining that the fate of one human entity falls within the scope of another person's right to self-determination.

8. Regrettably, the muddled reasoning of the majority that is evident on the question of admissibility persists when it comes to the merits (see paragraph 167 of the present judgment). In assessing the proportionality of the ban in question the Court considers that it may be linked to the aim of protecting “the rights and freedoms of others”, but this, the majority quickly asserts, does not involve any assessment as to whether the word “others” extends to human embryos!

9. In our view, and consistent with the Court's case-law to date, it would have been preferable to find that since prospective parenthood is not an issue in this case, the applicant's right to “self-determination” as an aspect of her private life simply does not arise. Her submission that the donation of embryos would confer upon her a certain “noble feeling” is noted, but the Convention, of course, is concerned exclusively with the protection of fundamental human rights rather than with the fostering of feelings of one kind or another. Her asserted right to “*make use of the embryos*” for scientific research is not a right within the scope of Article 8 of the Convention. Accordingly, in our view, this part of the application should have been rejected as incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention, in accordance with Article 35 §§ 3 and 4 thereof.

## PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE NICOLAOU

1. In my opinion, the application should have been dismissed as having been lodged out of time.

2. Article 35 § 1 provides that the Court may only deal with a matter if it is brought before it within a period of six months from the date on which the final decision is taken. The starting point is not always apparent, however. It may be that it is not marked by a decision or is otherwise unclear. Continuing situations in which Convention rights are infringed may present particular difficulty as to when time begins to run. Our case-law provides guidance on how to approach such cases. In *Varnava and Others v. Turkey* ([GC], nos. 16064/90 and 8 others, §§ 159 and 161, ECHR 2009), it was stated in general terms that the time-limit does not apply to continuing situations. That is not quite accurate for, as subsequently explained in that judgment, in such situations the ongoing breach simply means a renewal of the start of the period each day, so the time-limit does in principle apply. When continuing situations cease, time begins to run uninterrupted for the whole six-month period. The difficulty in some cases lies in ascertaining the moment in time at which the situation has come to an end. As pointed out in *Varnava* (cited above, § 161), not all continuing situations are the same since the nature of the situation may be such that the passage of time affects what is at stake. It may, therefore, be necessary to examine how a situation has developed in order to assess the significance of events or the prospects of achieving a solution and to judge what would be reasonable by way of a starting point in the particular circumstances of the case. The Court takes a broad and practical view of such matters.

3. The majority take the view that the present case is one of a continuing situation of an unlimited duration, co-extensive with the existence of Law no. 40 of 19 February 2004, which came into force on 10 March 2004. My own view is that the applicant was not entitled to wait *ad infinitum* before seeking redress.

4. The facts presented by the applicant are sketchy. Sometime in 2002 five embryos, which were obtained as a result of *in vitro* fertilisation treatment of the applicant and her partner, were placed in cryopreservation for the purpose of implantation at a future time. Before the end of the following year the applicant's partner was killed in Iraq while reporting on the war. After that, at an unspecified time, the applicant decided not to have the embryos implanted. Subsequently, she made a number of unsuccessful oral requests that the embryos be released for use in scientific research. The number of requests and the times at which they were made have not been

specified. It can be assumed that they were all made after Law no. 40 had come into force, for previously there had been no impediment to donating the embryos, for whatever purpose. Furthermore, it remains unexplained why the applicant did not bring the matter to Strasbourg earlier, namely, soon after the new Law came into force, and instead waited for more than seven years before doing so.

5. It must have been clear to the applicant that under the new Law her requests could not be granted. This Law provides, in so far as relevant, as follows.

### **Section 13 – Experiments on human embryos**

“(1) It is forbidden to experiment on a human embryo.

(2) Clinical and experimental research on a human embryo shall be authorised only on condition that it is performed exclusively for therapeutic or diagnostic purposes with the aim of protecting the health and development of the embryo and that no alternative methods exist.”

6. Under section 13(5) of that Law, infringement of the prohibition entails severe sanctions, including imprisonment for up to six years.

7. There are of course instances where legislative provisions do indeed give rise to a continuing interference with the exercise of Convention rights under either Article 8 or Article 14 taken together with Article 8, of a kind that is not attenuated and does not cease over time unless the cause is removed. The majority cite *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, § 41, Series A no. 45; *Norris v. Ireland*, 26 October 1988, § 38, Series A no. 142; *Vallianatos and Others v. Greece* [GC], nos. 29381/09 and 32684/09, § 54, 7 November 2013; and *S.A.S. v. France* [GC], no. 43835/11, § 110, ECHR 2014, and these are not the only cases on the subject. The majority acknowledge that in those cases the effect of the impugned legislation on the daily lives of the complainants “was more substantial and more direct than in the present case” (see paragraph 111 of the present judgment). They do not, however, attach importance to a difference which I, for my part, consider crucially important. In those cases the legislative provisions complained of had, in one way or another, a tremendous practical impact on the daily lives of the complainants, with decisive and far-reaching effects on how they conducted themselves and organised their affairs. There are no such issues in the present case. The majority content themselves merely with the fact that there is a “biological link between the applicant and her embryos and the plan to start a family that was at the origin of their creation” (*ibid.*), notwithstanding that, in regard to the second proposition, the plan to start a family by using the embryos was abandoned early on and has not been a

live issue in the case. They conclude that the prohibition in question “does undeniably have an impact on the applicant’s private life” (*ibid.*).

8. In the admissibility decision on the six-month time-limit (see *Parrillo v. Italy* (dec.), no. 43028/05, 3 November 2015), the majority go no further than I have already stated. Admissibility is premised on the view, which I do not share, that the new Law has an unending impact on the applicant’s life. Subsequently, however, in the present judgment, the majority explain what they see as the particular nature, and therefore force, of that impact. Paragraphs 158 and 159 read as follows:

“158. In the instant case the Court must also have regard to the link existing between the person who has undergone *in vitro* fertilisation and the embryos thus conceived, which link is due to the fact that the embryos contain the genetic material of the person in question and accordingly represent a constituent part of that person’s genetic material and biological identity.

159. The Court concludes that the applicant’s ability to exercise a conscious and considered choice regarding the fate of her embryos concerns an intimate aspect of her personal life and accordingly relates to her right to self-determination. Article 8 of the Convention, from the standpoint of the right to respect for private life, is therefore applicable in the present case.”

9. I find myself at a considerable distance from the majority’s position that the matter in question relates to the applicant’s right to self-determination.

In fact it seems to me, with very great respect, that later on the majority also distance themselves from that initial position. It is interesting to note in this regard that when dealing with the specifics of the case the majority say, at paragraph 174 of the present judgment, that

“... the instant case does not concern prospective parenthood. Accordingly, while it is of course important, the right invoked by the applicant to donate embryos to scientific research is not one of the core rights attracting the protection of Article 8 of the Convention, as it does not concern a particularly important aspect of the applicant’s existence and identity.”

10. I agree with that. Further down, at paragraph 192, the majority observe that

“... while the right asserted by the applicant to decide the fate of her embryos relates to her wish to contribute to scientific research, that cannot however be seen as a circumstance directly affecting the applicant.”

11. Again, I agree. Unlike in the relevant cases cited above, where reliance was placed on the fact that the applicants were directly affected by the impugned legislation, in the present case the applicant was not directly affected. What she contemplated doing – namely, donating the embryos for research – did not directly affect her in her private life. I fail to understand why the majority, examining the applicant’s arguments in the light of the

various aspects of the new Law, could not conclude from the very beginning, as they do in paragraph 195, that whatever inconsistencies may or may not be found in the new Law, "... these are not capable of directly affecting the right invoked by her in the instant case".

12. This conclusion is entirely in line with what I have already explained as the determinative difference between the present case and the above-cited judgments in *Dudgeon, Norris, Vallianatos and Others* and *S.A.S. v. France*.

13. My own opinion that the application should have been declared inadmissible for exceeding the time-limit is based on what I consider to be the rather tenuous nature of the link between the applicant and the frozen embryos. It seems to me that although there is indeed a meaningful link, since the embryos emanated from the genetic material of the applicant and her partner, and this link brings the matter within the ambit of Article 8, it does so only at the periphery and amounts to no more than the possibility, on the part of the applicant, of expressing a wish concerning their fate. On receiving a negative response, and as there was no adequate domestic remedy to be exhausted, the limitation period should have started running at that point for the purpose of subjecting the relevant legislative restriction to review under the Convention.

14. Having regard to the position set out above, it cannot be said that that aspect of Article 8 gives the applicant a right which lasts for an indefinite period of time. The new Law came into force about four months after her circumstances had dramatically changed and, if the six-month time-limit is added onto that, one would be tempted to think there was enough time for her to decide whether she wished to have a say in the matter. It is also possible, however, to approach the question more broadly and, on the basis of a continuing situation created by the new Law, examine what may have been a reasonable time frame within which a person in the applicant's position, in the sad circumstances in which she found herself, could have sufficiently reflected and acted. What I certainly cannot accept is that the applicant was entitled to unlimited time for setting in motion the Strasbourg machinery of human rights protection.

## DISSENTING OPINION OF JUDGE SAJÓ

To my regret, I cannot share the views expressed by the majority. I therefore respectfully dissent, for the reasons explained below.

### **Applicability of Article 8 of the Convention to the present case**

1. In the present case the Court concludes that “the applicant’s ability to exercise a conscious and considered choice regarding the fate of her embryos concerns an intimate aspect of her personal life and accordingly relates to her right to self-determination” (see paragraph 159 of the present judgment). I could not agree more, except to say that this not only “relates” to the right of self-determination but is an exercise of that right, which is the crux of the right to private life. The applicant’s right to self-determination reflects her right to personal autonomy and freedom of choice (see *S.H. and Others v. Austria* [GC], no. 57813/00, § 80, ECHR 2011; *McDonald v. the United Kingdom*, no. 4241/12, §§ 46-47, 20 May 2014; and *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III). Here, the applicant’s choice (a right) was to donate her embryos to the advancement of life-saving science rather than allow them to lose viability over time<sup>1</sup>. The nature of the right at stake in this case is the applicant’s freedom of choice. This case is not about the rights of parenthood or even the possible rights of a foetus; the applicant’s right here is to act as a free and autonomous individual with regard to her genetic footprint.

2. According to the Court’s case-law, “[t]he Court’s task is not to review the relevant law and practice *in abstracto*, but to determine whether the manner in which they affected the applicant gave rise to a violation of the Convention” (see *N.C. v. Italy* [GC], no. 24952/94, § 56, ECHR 2002-X). The issue is not the use of embryos in research as regulated by Italian law but the way the general measure affected embryos which had been created and cryopreserved before any restriction was in force. This case is about a very specific situation: what happens when legislation intervenes and impedes the exercise of that pre-existing right in regard to pre-existing embryos? The embryo would have the potential to develop into a human being, but this remains merely a potential as it cannot happen without the consent of the donor(s), as discussed in *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, ECHR 2007-I.

The applicant decided not to give her consent. Certainly, a law which required the applicant to use the embryos herself would violate her right

1. This does not imply that the cells at issue are a part of her “biological identity” as the judgment describes it, but rather that the applicant has a right to primary control over her genetic footprint.

to determine whether or not to become a parent. A law which required the applicant to allow her embryos to be “adopted” by a third party would likewise violate her fundamental right not to be compelled into parenthood<sup>2</sup>. There is only one option left under Italian law: indefinite cryopreservation of the non-implanted embryos<sup>3</sup>.

3. I do not consider that the applicant’s “right to choose” (as a matter of self-determination) is “a particularly important facet of an individual’s existence or identity” (see paragraph 169 of the present judgment). While the point is debatable, I accept that there is no European consensus<sup>4</sup> concerning the fate of cryopreserved embryos and will not discuss whether the experience of seven or four countries is sufficient to draw that conclusion (although the comparative data provided by the Court do not reflect the practice of the countries in regard to embryos that had been created for reproductive purposes before the imposition of a ban on research, and only a few countries prohibit all research on embryonic stem cells). It follows that the State has a wide margin of appreciation to restrict the right.

**Whether there has been an “interference” “in accordance with the law”**

4. The Court acknowledges that there has been an interference with the applicant’s right to private life under Article 8. However, it is important to emphasise that at the time that the applicant chose to undergo *in vitro* fertilisation (IVF), there was no law in place in Italy regarding the fate of surplus embryos. As the Grand Chamber has already held, the phrase “in accordance with the law” requires that “domestic law must be sufficiently foreseeable in its terms to give individuals an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which the authorities are

2. See *Evans*, cited above. Of course *Evans* is only partially relevant to this case, as the applicant’s rights in the present case do not involve parenthood.

3. Although the applicant is not currently paying for the storage of these embryos, according to her, there is no legal provision which would prevent the medical storage service from charging her. The Government have not contested that submission.

4. It will remain a mystery to me why the *lack* of a European consensus on the existence of a right is so often interpreted against the existence of a right, where such a right can be deduced from the autonomous concept of a Convention right, for example also in the light of international-law developments and social realities. If the exercise of a freedom has been found to be permissible in at least some countries, then this should create a presumption in favour of that Convention right if this is otherwise compatible with a reasonable interpretation of the meaning and scope of the right. This does not of course rule out the possibility that there may be good reasons in another country for restricting that right. Or are we saying that the recognition of the broader scope of a right in a number of countries is arbitrary and irrelevant? With its controversial margin of appreciation doctrine, as it is understood by the Court, the State is exempted from the duty to provide a substantive justification for the existence of an imperative need to interfere. Reference to the lack of European consensus as a decisive indicator of the absence of a certain meaning or scope of a Convention right disregards the Preamble to the Convention, which refers to the “further realisation of human rights” as one of the methods for pursuing the aim of the Convention.

entitled to resort to measures affecting their rights under the Convention” (see *Fernández Martínez v. Spain* [GC], no. 56030/07, § 117, ECHR 2014). The applicant was facing a situation in which she had no real choice but to see her embryos being stored in cryopreservation indefinitely by the State. This had not been foreseeable when she chose to undergo IVF. She could not possibly have known that she would have only four months after the death of her partner to decide what to do with the embryos before that decision was removed from her control by the new legislation. It is noteworthy that the law does not contain any specific rule as to the fate of embryos which were being cryopreserved before the entry into force of that law.

### **The legitimacy of the aim pursued**

5. In the present case the Government have not provided any clear reasons for the aims of the interference. These aims were reconstructed (with some effort) by the Court and then accepted by it. In the absence of any justification by the Government for the aim of the interference, the majority supply two possible justifications: the protection of morals and the protection of the rights of others. As to the protection of morals, the Court does not provide information about public morals in Italy, where the impugned practice was legal for many years<sup>5</sup>. The Government did not refer to the protection of morals and the Court does not explain where the moral interest lies; nor does it take into consideration any specific moral interest in the proportionality analysis.

6. As to the rights of others, “[t]he Court acknowledges that the ‘protection of the embryo’s potential for life’ may be linked to the aim of protecting morals and the rights and freedoms of others” (see paragraph 167 of the present judgment)<sup>6</sup>. Who are these others? Is the embryo “another”, that is, a person? There is no answer, except that the embryo is described in Law no. 40/2004 as a “subject” having rights. That they do not fall under the category of possessions does not transform embryos into human beings or rights-holders<sup>7</sup>. The fact that there is a State interest in protecting potential life cannot be equated with a right of a person.

5. Of course this is not the duty of the Court. It is the Government who should know and explain what the aim of the legislation is. At least during the last stage of the debate the proponents of the law expressly denied that the law served some kind of moral purpose. Giuseppe Fioroni, Member of Parliament, stated that the law did not serve Catholic morals, but natural law (19 January 2004) [http://legxiv.camera.it/\\_dati/leg14/lavori/stenografici/framedinam.asp?sedpag=sed408/s000r.htm](http://legxiv.camera.it/_dati/leg14/lavori/stenografici/framedinam.asp?sedpag=sed408/s000r.htm).

6. The Court draws on the Government’s written submissions under Article 1 of Protocol No. 1, whose applicability in this case has been rejected. It was only in the oral address that a submission was made that the law served to protect the “embryo’s potential for life,” but this was not made in the context of Article 8, § 2 of the Convention.

7. Organs, for example, are not treated as pure possessions, but that does not confer on them the status of “human being”. The legal status of biological material is not obvious and must be clarified before any

7. The Court finds that a right of others is present because “the potential for life” may be linked to that alleged right. I hope I am mistaken, but I fear that we face a risk here of loosening the standard applicable to the list of permissible aims for the restriction of rights. So far, the Court has consistently held that the list of exceptions to the individual’s Convention rights is exhaustive and that their definition is restrictive (see, among other authorities, *Svyato-Mykhaylivska Parafiya v. Ukraine*, no. 77703/01, § 132, 14 June 2007, and *Nolan and K. v. Russia*, no. 2512/04, § 73, 12 February 2009). This is essential to any serious protection of rights. Unfortunately, in *S.A.S. v. France* [GC], no. 43835/11, § 113, ECHR 2014, it was held that “to be compatible with the Convention, a limitation of this freedom must, in particular, pursue an aim that can be linked to one of those listed in [Article 9 § 2 of the Convention]. The same approach applies in respect of Article 8 of the Convention.” From the position that there “can be a link” to those exhaustively listed exceptions, we now move to the position where a link may exist if this is not ruled out as unreasonably speculative (“there may be”, rather than “there can be” a link).

Failure to undertake a serious scrutiny of a State’s purported aim in imposing the restriction will undermine the potential for rights to be protected from any proportionality analysis. The scrutiny of the aim of a measure is part of the supervisory role of the Court (see *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, § 49, Series A no. 24). If we wish to apply the margin of appreciation doctrine, we could say that in matters of economic policy there is little scope for such an analysis, given the cognitive advantage the national legislation or national authorities enjoy or that, “[b]ecause 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’” (see *James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, § 46, Series A no. 98). This reasoning cannot be applied without additional and convincing reasons to areas where the issue is not the general “public interest” in economic or social policies but morals, health policy or science<sup>8</sup>.

8. The judgment accepts, without further reflection, the strength of the State’s interest in banning all uses of IVF embryos apart from implantation. However, in *S.A.S. v. France* (cited above) it is noted that “the Court’s

---

assumptions can be made about rights.

In Italian legal theory a “subject” is a point of reference for legal relations, not a person. All persons are subjects but not all subjects are persons (“*Ogni persona è soggetto, non ogni soggetto è persona*”), Cass., 24 July 1989, no. 3498, in *Foro it.*, 1990, I, c. 1617.

8. *James and Others* (cited above) granted only a “certain margin of appreciation”, which over the years has “developed” into a “wide” margin of appreciation.

practice is to be quite succinct when it verifies the existence of a legitimate aim within the meaning of the second paragraphs of Articles 8 to 11 of the Convention” (ibid., § 114). Nevertheless, the Grand Chamber went on to explain in *S.A.S. v. France* (ibid.) that, particularly when the Government’s objectives are subject to dispute, (as is the case in the present context, see paragraphs 135-37 of the present judgment), the Court will undertake a thorough examination of the link between the measure and the objective. In the present case, the link was taken for granted without any enquiry being made of, or justification sought from, the Government.

### **Necessary in a democratic society**

9. The Court has affirmed that, even where there is a broad margin of appreciation under Article 8, the Government must still adduce “relevant and sufficient reasons” justifying the interference (see *Zaiet v. Romania*, no. 44958/05, § 50, 24 March 2015; *Hanzelkovi v. the Czech Republic*, no. 43643/10, § 72, 11 December 2014; *Winterstein and Others v. France*, no. 27013/07, § 147, 17 October 2013; and *S. and Marper v. the United Kingdom* [GC], nos. 30562/04 and 30566/04, § 101, ECHR 2008)<sup>9</sup>. Regarding general measures that interfere with a right under Article 8, the Court has held as follows: “First, the Court may assess the substantive merits of the Government’s decision, to ensure that it is compatible with Article 8. Secondly, it may scrutinise the decision-making process to ensure that due weight has been accorded to the interests of the individual” (see *Hatton and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 36022/97, § 99, ECHR 2003-VIII).

10. A measure of interference that serves the above aim is a general one. The Court has held that in order to determine the proportionality of a general measure, the Court must primarily assess the legislative choices underlying it (see *James and Others*, cited above, § 36). The quality of the parliamentary and judicial review of the necessity of the measure is of particular importance in this respect, including to the operation of the relevant margin of appreciation (see *Animal Defenders International v. the United Kingdom* [GC], no. 48876/08, § 108, ECHR 2013).

11. The legislative history of Law no. 40/2004 indicates that for decades the matter was not regulated in Italy owing to ongoing disagreement in society and among professional experts. The divisions continued during years of parliamentary debate. Opponents of the proposed ban<sup>10</sup> claimed that it reflected a specific ideological conviction, while its supporters claimed

9. See also the case-law cited in paragraph 168 of the present judgment.

10. Key provisions of the law had already been found to be unconstitutional or in violation of the Convention (see paragraphs 27-39 of the present judgment, and *Costa and Pavan v. Italy* (no. 54270/10, 28 August 2012)).

that it served the protection of life and the family, and was a solution that followed natural law, not the dictates of the Catholic religion. The divisions continued right up to the final debate<sup>11</sup>.

12. The Government failed to provide evidence of a thorough parliamentary discussion of the fate of embryos already in cryopreservation at the time of entry into force of the new Law<sup>12</sup>. Moreover, the Law was enacted by a majority, amidst serious disagreement<sup>13</sup>. The Italian parliamentary debate therefore differed from that considered in *Animal Defenders International*, cited above, where, among other things, there was cross-party support in Parliament. There is also no evidence that the applicant's rights or personal situation were taken into account; the Law contains a blanket ban that deprives the applicant of her right to freedom of choice. Contrary to the situation in *Animal Defenders International*, there could not be a domestic proportionality analysis in her case. Not only does this general ban disregard the applicant's right to self-determination with respect to an important private decision, it does so in an absolute and unforeseeable manner. The Law contains no transitional rules which would have enabled the proper authority to take into consideration the specific situation of the applicant, whose embryos obtained from the IVF treatment were placed in cryopreservation in 2002 and whose husband passed away in 2003, four months before the Law came into force.

13. In contrast to the clearly articulated moral interest presented by the applicant, and the strong social interest in the scientific research at stake, which lends considerable weight to the otherwise "not particularly important right" of the applicant, the majority simply observe that the Italian legislature carried out a thorough examination of this issue prior to drafting Law no. 40/2004 (see paragraph 184 of the present judgment). As mentioned above, the conditions required in that regard established in *Hatton and Others* and *Animal Defenders International* (both cited above) are not satisfied. In the absence of clear reasons arising from the parliamentary debate, it is only when the Government provide sufficient clarity that the Court can properly inquire into why the blanket ban on

11. "Tutti (sia il rapporto Warnock sia gli scienziati che hanno partecipato alle varie audizioni di Camera e Senato) hanno dichiarato: sì, è vita, però..." "All (both the Warnock Report and the scientists who participated in the different hearings of the Chamber and the Senate) have declared: yes, life, but..." , Deputy Maria Burani Procaccini, in defence of the Draft (19 January 2004).

[http://legxiv.camera.it/\\_dati/leg14/lavori/stenografici/framedinam.asp?sedpag=sed408/s000r.htm](http://legxiv.camera.it/_dati/leg14/lavori/stenografici/framedinam.asp?sedpag=sed408/s000r.htm)

12. The Law did not in any way envisage what would happen to pre-existing surplus embryos. It was only the National Bioethics Committee that decided *ex post facto* (18 November 2005), on uncertain legal grounds, that adoption for birth was permissible (see paragraphs 19-20 of the present judgment).

13. 25% of the electorate participated in the invalid referendum on the Law in 2005, with 88% in favour of a partial repeal.

donation is necessary when weighed against the applicant's personal choice. The Court's citation from the preparatory works does not explain why a ban on donation is necessary for Italy's purported moral preference in favour of embryos in the circumstances of the present case. Since the Government cannot force a person to use her embryos to create a human being without her consent, a blanket ban on all other life-promoting uses (such as medical research) is not only overly restrictive of the individual's freedom of self-determination, it also disregards the constitutional values recognised in Article 33 of the Italian Constitution<sup>14</sup> and the value system of the Convention, which recognises the interest of Article 10 in scientific research (see *Mustafa Erdoğan and Others v. Turkey*, nos. 346/04 and 39779/04, §§ 40-41, 27 May 2014). More importantly, the protection of life cannot be relied on, not only because the meaning and weight of that argument remain contested in regard to the applicant's embryos but also because those embryos, notwithstanding their potential for life, have no chance of becoming human beings. As to embryos in general in Italy, the duty to protect the potential of the non-viable embryo cannot exist in absolute form in Italian law given that even a viable foetus can be aborted<sup>15</sup>.

14. The applicant in this case faced an impossible and unforeseeable choice. At best, the choices open to her were to use the embryos herself, or allow another couple to use them, or to let her biological material languish indefinitely until such (unknown and unknowable) time as the embryos lost viability or could be used for a procreative purpose contrary to her clearly expressed wishes.

15. Given the applicant's age, it would not be possible for her to use all five embryos herself. Additionally, according to expert testimony presented at the hearing before the Court and not contested by the Government, in practice, her embryos could not now be used by another couple because of the age of the embryos and because they were not subjected to the proper tests at the time of their creation. Therefore, these embryos will not in fact be used to create a human life because they will never be implanted into a uterus<sup>16</sup>. This medical reality is not contested by the Government.

16. Most importantly, the applicant has made a clear choice not to allow her embryos to be used for procreation.

14. "The Republic guarantees freedom of the arts and sciences, which may be freely taught." The Government did not provide evidence that the constitutional values of science were put in the balance in Parliament, and only made submissions about the use of pluripotent cells in research.

15. Commentators were quick to point out the internal inconsistencies in the Law. See *Carlo Casonato, Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione d'impatto normativo. Collana Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento*, vol. no. 47, Università di Trento, 2005.

16. Perhaps, then, the Government expect that humanity will develop the scientific ability to grow a human being from an *in vitro* embryo without the use of a uterus?

17. The applicant's interest in donating her embryos to scientific research, rather than allowing them to remain unused, is a deeply personal and moral decision. This choice is driven by her desire to honour her late partner and to further invaluable medical research with the potential to save lives<sup>17</sup>. According to expert testimony presented at the hearing (and to many other international medical and scientific sources), research deriving from embryonic stem cells is currently being used in clinical trials for spinal cord injuries, Parkinson's disease and other diseases that are currently incurable or difficult to cure. Countries which allow such research have developed sophisticated forms of informed consent and controls to ensure that the embryos are used in ethical ways<sup>18</sup>. Such research uses the pluripotent (undifferentiated) cells created through the IVF procedure to develop a greater understanding of human development and discover new ways of treating diseases that have been devastating and incurable for many people around the world<sup>19</sup>. The cells created through IVF are unique and valuable biological material, which the applicant wishes to put to use, rather than leave to lose viability as they remain frozen indefinitely.

18. Whether or not the Government's desire to protect the potential for life outweighs the applicant's interest in using her own genetic material to contribute to life-saving science is a question that cannot be dismissed out of hand. The judgment in this case lacks any sort of proportionality analysis and does not consider the important third-party interest in the health benefits arising from scientific discovery. By simply stating that there is no European consensus on whether embryos left over from IVF procedures should be used in scientific research, the Court departs from its well-established standards. There is of course a margin of appreciation regarding this issue, but that does not mean that the law may operate in whatever manner a government sees fit. The measure must still be proportionate to the interference with the applicant's rights.

19. In order for an interference to be proportionate the Government must provide legitimate (relevant and sufficient) reasons. Even assuming, in view of *Evans* (cited above, § 81), that there is a wide margin of appreciation in IVF cases, "since the use of IVF treatment gives rise to sensitive moral and ethical issues against a background of fast-moving medical and

---

17. A choice that is at least as closely linked to the preservation and protection of life as that of the current legislation.

18. See the Stanford Medical School report at: <http://med.stanford.edu/news/all-news/2011/04/new-approach-to-ivf-embryo-donations-lets-people-weigh-decision.html>.

19. See, for example, the testimony of Professor de Luca in *Patient Handbook on Stem Cell Therapies*, published by the International Society for Stem Cell Research: [www.closerlookatstemcells.org/docs/default-source/patient-resources/patient-handbook---english.pdf](http://www.closerlookatstemcells.org/docs/default-source/patient-resources/patient-handbook---english.pdf); and National Institutes of Health: [www.nih.gov](http://www.nih.gov).

scientific developments”<sup>20</sup>, the interference still cannot be arbitrary. In Italy both abortion and research on foreign stem-cell lines are permitted. The Law disregards the interest in preventing actual human suffering through scientific research in the name of the protection of a *potential* for life which, moreover, cannot ever materialise in the circumstances of the case. I cannot see why preponderant weight is attached to the potential for life when Italian law does allow the abortion of a viable foetus, and in the particular circumstances of the present case, that potential cannot materialise, in the absence of the consent of the applicant. This attitude and the related explanation are not only inconsistent but plainly irrational and as such cannot be sufficient justification for the proportionality of the measure.

---

20. I do not think that fast-moving science and technology is of relevance here, unless science will one day enable the production of babies outside the uterus and outside the human body, and there will be a moral consensus that in such cases the embryo has the right to become a homunculus (ectogenesis), irrespective of the wish of the donors. I cannot imagine that such considerations are applicable in the present case, notwithstanding the efforts to create an artificial womb.

M. AND M. v. CROATIA  
*(Application no. 10161/13)*

FIRST SECTION

JUDGMENT OF 3 SEPTEMBER 2015<sup>1</sup>

---

1. English original. Extracts.



SUMMARY<sup>1</sup>**Failure to hear child's views during protracted custody proceedings****Article 8**

*Right to respect for private and family life – Rights of the child – Failure to hear child's views during protracted custody proceedings – Positive obligations – Sufficient involvement in the decision-making process – Article 12 of the Convention on the Rights of the Child*

\*

\* \*

*Facts*

The first applicant was born in 2001. After her parents separated in 2007, her father was granted custody and she has lived with him ever since. While in his custody the first applicant was allegedly subjected to frequent episodes of verbal abuse and threats of physical violence by her father. In March 2011 her mother (the second applicant) instituted civil proceedings against the father seeking custody of the first applicant. Her application for temporary custody was rejected in June 2011 after the domestic court found – in reliance on the opinions of forensic experts and social workers – that the first applicant was not under threat of further ill-treatment in her father's home. The main custody proceedings were still pending at the date of the Court's judgment. The first applicant, who had expressed a strong wish to live with her mother and had started experiencing behavioural problems including self-injuring, has never been heard by the competent court and continued to live with her father against her wishes.

*Law*

Article 8: The fact that the custody proceedings had thus far lasted for over four years and three months by itself sufficed to conclude that the respondent State had failed to discharge its positive obligations under Article 8 of the Convention. In addition, even greater diligence had been called for in the present case because it concerned a traumatised child who, if for no other reason than her parents' conflictual relationship, had suffered great mental anguish which had culminated in self-injuring behaviour. However, it would appear that the domestic courts had failed to recognise the seriousness and urgency of the situation and that the delayed character of the proceedings only served to exacerbate the first applicant's

---

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

plight. The Court was particularly struck by the fact that after four years and three months the first applicant had not yet been heard in the proceedings and had thus not been given a chance to express her views regarding with which parent she wanted to live. Bearing in mind Article 12 of the Convention on the Rights of the Child, in any judicial or administrative proceedings affecting children's rights under Article 8 it could not be said that children capable of forming their own views were sufficiently involved in the decision-making process if they were not provided with the opportunity to be heard and thus to express their views. It would be difficult to argue that, given the first applicant's age and maturity, she was not capable of forming her own views and expressing them freely. In the present case the forensic experts had established, firstly, that both parents were equally (un)fit to take care of the first applicant and, secondly, that she wanted to live with her mother. Both parents lived in the same town and the reversal of the custody order would not therefore have entailed her having to change school or otherwise being removed from her habitual social environment. Accordingly, not respecting the first applicant's wishes as regards which parent she wished to live with had, in the specific circumstances of the case, breached her right to respect for private and family life.  
*Conclusion:* violation (unanimously).

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

*Bevacqua and S. v. Bulgaria*, no. 71127/01, 12 June 2008  
*Eberhard and M. v. Slovenia*, nos. 8673/05 and 9733/05, 1 December 2009  
*Fernández Martínez v. Spain* [GC], no. 56030/07, ECHR 2014  
*Gluhaković v. Croatia*, no. 21188/09, 12 April 2011  
*Kopf and Liberda v. Austria*, no. 1598/06, 17 January 2012  
*Olsson v. Sweden (no. 1)*, 24 March 1988, Series A no. 130  
*P. and S. v. Poland*, no. 57375/08, 30 October 2012  
*Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, ECHR 2002-III  
*S.I. v. Slovenia*, no. 45082/05, 13 October 2011  
*Sahin v. Germany* [GC], no. 30943/96, ECHR 2003-VIII  
*Şerife Yiğit v. Turkey* [GC], no. 3976/05, 2 November 2010  
*Sommerfeld v. Germany* [GC], no. 31871/96, ECHR 2003-VIII  
*Šorgić v. Serbia*, no. 34973/06, 3 November 2011  
*T.P. and K.M. v. the United Kingdom* [GC], no. 28945/95, ECHR 2001-V  
*W. v. the United Kingdom*, 8 July 1987, Series A no. 121  
*X. v. Germany*, no. 6699/74, Commission decision of 15 December 1977, Decisions and Reports 11  
*X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, Series A no. 91

**In the case of M. and M. v. Croatia,**

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

Isabelle Berro, *President*,  
 Mirjana Lazarova Trajkovska,  
 Julia Laffranque,  
 Paulo Pinto de Albuquerque,  
 Linos-Alexandre Sicilianos,  
 Erik Møse,  
 Ksenija Turković, *judges*,

and Søren Nielsen, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 7 July 2015,

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

## PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 10161/13) against the Republic of Croatia lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by Ms M. (“the second applicant”) and her minor daughter M. (“the first applicant”), both Croatian nationals, on 3 January 2013. The President of the Section decided not to disclose the applicants’ identity to the public (Rule 47 § 4 of the Rules of Court).

2. The applicants were represented by Ms S. Bezbradica Jelavić and Mr I. Jelavić from the law firm Jelavić & Partners, lawyers practising in Zagreb. The Croatian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms Š. Stažnik.

3. The applicants alleged, in particular, that the domestic authorities had failed to meet their positive obligations under Articles 3 and/or 8 of the Convention, as they had neither appropriately prosecuted the first applicant’s father for the violence perpetrated against her nor protected her against further violent attacks by removing her from his home.

4. On 16 May 2013 notice of the application was given to the Government.

## THE FACTS

## I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

**A. Background to the case**

5. The first applicant was born in 1976 and the second applicant in 2001 and they live in Zadar.

6. On 23 June 2001 the second applicant married I.M.

7. On 4 September 2001 the second applicant gave birth to the first applicant.

8. Relations between the spouses deteriorated, and in 2006 the second applicant brought a civil action against her husband seeking divorce, custody of, and maintenance for the first applicant. Her husband, I.M., filed a counterclaim, seeking custody of the first applicant.

...

10. By a judgment of 24 August 2007, the Zadar Municipal Court (*Općinski sud u Zadru*) (a) granted the second applicant and I.M. a divorce; (b) awarded I.M. custody of the first applicant; (c) granted the second applicant access (contact) rights; and (d) ordered the second applicant to make regular maintenance payments for the first applicant. In so deciding the court relied on the opinion of forensic experts in psychiatry and psychology obtained during the proceedings and on the recommendation of the Zadar Social Welfare Centre (*Centar za socijalnu skrb Zadar*, “the local social welfare centre”) which participated in those proceedings as an intervener *sui generis* with a view to protecting the first applicant’s interests. The judgment became final on 2 January 2008.

...

#### **D. Custody proceedings**

60. [On] 30 March 2011 the second applicant brought a civil action in the Zadar Municipal Court against the first applicant’s father with a view to altering the custody and contact arrangements ordered in the judgment of the same court of 24 August 2007 (see paragraph 10 above). In particular, she sought custody of the first applicant. At the same time the second applicant asked the court to issue a provisional measure whereby it would temporarily grant her custody of the first applicant pending the final outcome of the principal proceedings.

61. The court regarded the second applicant’s civil action as an application for non-contentious proceedings, as it considered that the rules on non-contentious procedure rather than those on regular civil procedure should apply in such matters. It held hearings on 29 April and 16 May 2011.

62. The local social welfare centre participated in those proceedings as an intervener *sui generis* with a view to protecting the first applicant’s interests.

63. At the hearing held on 29 April 2011, the second applicant’s representative insisted on the provisional measure being issued. The representative of the local social welfare centre stated that the situation in

the first applicant's family was very complex, that her parents had made numerous criminal complaints against each other, and that both parents should be assessed by forensic experts. He also stated that the centre could not at that time make a recommendation as regards the provisional measure requested, because such a recommendation could only be made after completion of the family-assessment procedure by a team of professionals employed at the centre. The second applicant's representative replied that the centre had been aware of [an] incident [on] 1 February 2011 but had taken no action to address the situation in the first applicant's family. She therefore insisted on pursuing the application for a provisional measure.

64. On 12 May 2011 the local social welfare centre submitted its report and recommendation to the court. In the course of their preparation of this report, the centre interviewed the second applicant and the first applicant's father on 3 and 4 May 2011, visited their homes and requested an opinion from the first applicant's school. The relevant part of the centre's report reads as follows.

"The allegations of the [child's parents] who accuse each other of child abuse are impossible to verify, nor can a straightforward conclusion be made only on the basis of interviews with them or on the basis of visits to their families.

There is an impression that the parents, burdened by their permanently strained relationship and their own need to live with the child, consciously or subconsciously, place themselves and their needs first while disregarding the welfare and the needs of the child.

The child protection supervision measure of the exercise of parental authority was previously ordered in respect of the parents during the divorce proceedings, from 7 November 2006 to 31 August 2008.

Given that the already poor communication between the parents has worsened again, which brings about negative tensions which could be harmful for the child's emotional development, and having regard to the fact that they are again facing court proceedings, the centre is in the process of imposing the same measure with a view to protecting the rights and welfare of [the child] through which [the centre] shall monitor the mother's and the father's relationship with the child and [in the implementation of which] they will be advised how to improve communication between them and strengthen their parenting competencies."

65. The local social welfare centre recommended a combined expert assessment (psychiatric and psychological) of the first applicant and her parents with a view to establishing their parenting abilities and the possible consequences of their behaviour for her physical and mental development. They added that the first applicant's family situation was complex but that at that moment there was nothing to suggest that it was life-threatening.

The relevant part of the local social welfare centre's recommendation reads as follows.

"After conducting the family-assessment procedure ... it was established that the parents express opposing views as regards abuse and neglect of [their child]. [The mother] accuses the father of child abuse [in that] he is abusing the child physically and emotionally, obstructing her contact with the mother, and using inappropriate child-rearing methods. [The father] accuses [the mother] of neglecting the child's interests by her behaviour [in that] she does not pay child maintenance, does not come to school to consult with teachers or to parents' meetings and that the child is being manipulated by the mother ...

Having regard to the medical documentation at the disposal of the centre, the parties' submissions, visits made to [the father's and the mother's] homes and interviews with them, we recommend that the parents and the child undergo a combined [psychiatric and psychological] expert assessment in order to assess their fitness for further care of [their daughter] and the possible consequences of their behaviour for her psycho-physical development.

It is true that the family situation is complex. However, there is no impression that at present [the child's] life is at risk in her father's family."

66. By decisions of 16 May and 6 and 16 June 2011, the court ordered a combined expert opinion from forensic experts in psychiatry and psychology who were to assess (a) the parenting capacities of the second applicant and the first applicant's father, (b) the first applicant's condition, and (c) whether the first applicant had been exposed to abuse and, if so, by whom.

67. By a decision of 7 June 2011, the court refused to issue a provisional measure sought by the second applicant (see paragraph 60 above). In so deciding the court examined [an] ophthalmologist's report of 2 February 2011, psychiatrists' opinions of 19 February and 7 May 2011, and psychologist's opinions of 5 March and 22 April 2011 ... It also consulted the case file of the criminal proceedings in respect of the bodily injury, and examined the report and recommendation of the local social welfare centre of 12 May 2011 (see paragraphs 64-65 above). It found, in view of the conflicting opinions of the psychiatrists, the penal order against the first applicant's father which never became final, and the recommendation of the local social welfare centre, that at that point the allegations that the first applicant had been abused by her father were not plausible enough to justify her immediate temporary removal from his custody. In particular, the court held as follows:

"... the case was not sufficiently plausibly made that such a measure was necessary to prevent violence or the risk of irreparable harm from materialising, given that at present it remains uncertain and disputed whether [the child] was subjected to abuse by her father or was being manipulated by her mother ..."

68. On 2 March 2012 the Zadar County Court (*Županijski sud u Zadru*) dismissed an appeal by the second applicant and upheld the first-instance decision.

69. On 29 December 2011 the forensic experts submitted their opinion (see paragraph 66 above) to the Zadar Municipal Court. In their opinion the experts found that both the second applicant and the first applicant's father had limited parenting abilities and suffered from personality disorders (both of them were emotionally unstable and the first applicant's father was also narcissistic). As regards the first applicant, the experts found that she was emotionally traumatised by her parents' separation and their mutual conflict and lack of communication. Instead of shielding her from that conflict, her parents had placed her at the centre of it and manipulated her, sometimes up to the level of emotional abuse. The experts therefore recommended that the first applicant and her parents receive appropriate therapy. They further found that the first applicant was ambivalent towards her father and idealised her mother, whom she viewed as a "friend", and expressed the wish to live with her. The experts were of the opinion that this desire to be close to her mother could be achieved through (more) extensive contact between the first and the second applicant. If after one year of recommended therapy the first applicant still wished to live with her mother, they recommended that another combined expert opinion be obtained.

70. The experts did not reply to the court's question whether the first applicant had been exposed to abuse and, if so, by whom (see paragraph 66 above). Their conclusions were (a) that the first applicant should nevertheless continue living with her father for the time being while maintaining extensive contact with her mother; (b) that she and both her parents should undergo treatment and counselling; (c) that the supervision of the exercise of parental authority (the child protection measure imposed by the local social welfare centre ...) should be continued; and (d) that the first applicant and her parents should be reassessed after a year. In particular, the experts concluded as follows:

"We do not find [any] contraindications to [the child's] living with her father. [Our] recommendation is that, for the time being it is not necessary or desirable to change the child's place of residence, that is to say [the child] should continue living with her father."

71. Following a request by the second applicant, by a decision of 27 July 2012, the Zadar Municipal Court appointed G.Š., a lawyer practising in Zadar, to act as a special representative for the first applicant and represent her interests in the proceedings, as required by Article 9, paragraph 1, of the European Convention on the Exercise of Children's Rights (see paragraph 98 below).

72. Following an appeal by the first applicant's father, on 26 October 2012 the Zadar County Court quashed that decision and remitted the case. It held that the first-instance court had failed to establish whether the interests of the first applicant were indeed in conflict with the interests of (one of) her parents, which was a necessary precondition for the appointment of a special representative.

73. By a decision of 13 November 2012, the local social welfare centre also appointed G.Š. to act as the first applicant's guardian *ad litem* pursuant to section 167 of the Family Act ...

74. The Zadar Municipal Court held further hearings in the case on 6 September and 11 December 2012 and 8 March 2013.

75. At the last-mentioned hearing the court heard the experts who had prepared the combined expert opinion of 29 December 2011. Those experts stated, *inter alia*, (a) that their expert opinion had in the meantime become obsolete, because a year and two months had passed since they had prepared it; (b) that they had not replied to the court's question whether the first applicant had been exposed to abuse because it was the task of the judicial authorities and not theirs to make that assessment; and (c) that it would be irrelevant which parent the first applicant should live with if her parents both behaved better.

76. By a decision of 30 April 2013, the Zadar Municipal Court dismissed the second applicant's application for the custody and contact arrangements stipulated in the judgment of 24 August 2007 to be reversed. The second applicant and the first applicant's guardian *ad litem* appealed.

77. On 15 November 2013 the Zadar County Court quashed the first-instance decision for incomplete facts and remitted the case to the lower court. It instructed the first-instance court to (a) inquire whether the first applicant's father's conviction for the criminal offence of bodily injury against her had become final; (b) assess whether the first applicant was able to understand the importance of the proceedings and, if so, allow her to express her opinion and take her testimony; (c) assess the need to appoint a special representative to the first applicant; and (d) obtain an opinion and recommendation from the local social welfare centre.

78. In the resumed proceedings, on 18 November 2013 the Zadar Municipal Court discontinued the non-contentious proceedings and decided that the proceedings would be continued under the rules of (regular) civil procedure. The court explained that the second applicant's application for reversal of the custody and contact arrangements set forth in its judgment of 24 August 2007 (see paragraph 10 above) would, if agreed, necessarily entail a new decision on the payment of maintenance by the non-custodial parent, which was an issue that could not be decided in non-contentious

but only in regular civil proceedings. That did not mean that procedural acts undertaken thus far had lost their validity or become irrelevant.

79. On 27 February 2014 the second applicant lodged a request for the protection of the right to a hearing within a reasonable time, complaining of the length of the proceedings.

80. On 9 July 2014 the President of the Zadar Municipal Court dismissed the second applicant's request.

81. It would appear that the proceedings are currently again pending before the Zadar Municipal Court as the court of first instance.

...

### III. RELEVANT INTERNATIONAL LAW

#### **A. Convention on the Rights of the Child**

##### *1. Relevant provisions*

94. The relevant provisions of the Convention on the Rights of the Child of 2 September 1990, which came into force in respect of Croatia on 12 October 1992, read as follows.

#### **Article 12**

"1. States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

2. For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law."

#### **Article 19**

"1. States Parties shall take all appropriate legislative, administrative, social and educational measures to protect the child from all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse, while in the care of parent(s), legal guardian(s) or any other person who has the care of the child.

2. Such protective measures should, as appropriate, include effective procedures for the establishment of social programmes to provide necessary support for the child and for those who have the care of the child, as well as for other forms of prevention and for identification, reporting, referral, investigation, treatment and follow-up of instances of child maltreatment described heretofore, and, as appropriate, for judicial involvement."

...

*3. General Comment No. 12 (2009) on the right of the child to be heard (Article 12)*

97. The relevant part of General Comment No. 12 (2009) on the right of the child to be heard, adopted by the Committee on the Rights of the Child at its fifty-first session held from 25 May to 12 June 2009, reads as follows.

**“A. Legal analysis**

15. Article 12 of the Convention establishes the right of every child to freely express her or his views, in all matters affecting her or him, and the subsequent right for those views to be given due weight, according to the child’s age and maturity. This right imposes a clear legal obligation on States parties to recognize this right and ensure its implementation by listening to the views of the child and according them due weight. This obligation requires that States parties, with respect to their particular judicial system, either directly guarantee this right, or adopt or revise laws so that this right can be fully enjoyed by the child.

...

**1. Literal analysis of article 12**

**(a) Paragraph 1 of article 12**

**(i) ‘Shall assure’**

19. Article 12, paragraph 1, provides that States parties ‘shall assure’ the right of the child to freely express her or his views. ‘Shall assure’ is a legal term of special strength, which leaves no leeway for State parties’ discretion. Accordingly, States parties are under strict obligation to undertake appropriate measures to fully implement this right for all children. This obligation contains two elements in order to ensure that mechanisms are in place to solicit the views of the child in all matters affecting her or him and to give due weight to those views.

**(ii) ‘Capable of forming his or her own views’**

20. States parties shall assure the right to be heard to every child ‘capable of forming his or her own views’. This phrase should not be seen as a limitation, but rather as an obligation for States parties to assess the capacity of the child to form an autonomous opinion to the greatest extent possible. This means that States parties cannot begin with the assumption that a child is incapable of expressing her or his own views. On the contrary, States parties should presume that a child has the capacity to form her or his own views and recognize that she or he has the right to express them; it is not up to the child to first prove her or his capacity.

21. The Committee emphasizes that article 12 imposes no age limit on the right of the child to express her or his views, and discourages States parties from introducing age limits either in law or in practice which would restrict the child’s right to be heard in all matters affecting her or him. ...

**(iv) 'In all matters affecting the child'**

26. States parties must assure that the child is able to express her or his views 'in all matters affecting' her or him. This represents a second qualification of this right: the child must be heard if the matter under discussion affects the child. This basic condition has to be respected and understood broadly.

...

**(v) 'Being given due weight in accordance with the age and maturity of the child'**

28. The views of the child must be 'given due weight in accordance with the age and maturity of the child'. This clause refers to the capacity of the child, which has to be assessed in order to give due weight to her or his views, or to communicate to the child the way in which those views have influenced the outcome of the process. Article 12 stipulates that simply listening to the child is insufficient; the views of the child have to be seriously considered when the child is capable of forming her or his own views.

...

30. Maturity refers to the ability to understand and assess the implications of a particular matter, and must therefore be considered when determining the individual capacity of a child. Maturity is difficult to define; in the context of article 12, it is the capacity of a child to express her or his views on issues in a reasonable and independent manner. The impact of the matter on the child must also be taken into consideration. The greater the impact of the outcome on the life of the child, the more relevant the appropriate assessment of the maturity of that child.

31. Consideration needs to be given to the notion of the evolving capacities of the child, and direction and guidance from parents ...

**(b) Paragraph 2 of article 12****(i) The right 'to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child'**

32. Article 12, paragraph 2, specifies that opportunities to be heard have to be provided in particular 'in any judicial and administrative proceedings affecting the child'. The Committee emphasizes that this provision applies to all relevant judicial proceedings affecting the child, without limitation, including, for example, separation of parents, custody, care and adoption, ...

...

**(ii) 'Either directly, or through a representative or an appropriate body'**

35. After the child has decided to be heard, he or she will have to decide how to be heard: 'either directly, or through a representative or appropriate body'. The Committee recommends that, wherever possible, the child must be given the opportunity to be directly heard in any proceedings.

36. The representative can be the parent(s), a lawyer, or another person (*inter alia*, a social worker). However, it must be stressed that in many cases (civil, penal or administrative), there are risks of a conflict of interest between the child and their most

obvious representative (parent(s)). If the hearing of the child is undertaken through a representative, it is of utmost importance that the child's views are transmitted correctly to the decision maker by the representative. The method chosen should be determined by the child (or by the appropriate authority as necessary) according to her or his particular situation. Representatives must have sufficient knowledge and understanding of the various aspects of the decision-making process and experience in working with children.

37. The representative must be aware that she or he represents exclusively the interests of the child and not the interests of other persons (parent(s)), institutions or bodies (e.g. residential home, administration or society). Codes of conduct should be developed for representatives who are appointed to represent the child's views.

...

## **2. Steps for the implementation of the child's right to be heard**

40. Implementation of the two paragraphs of article 12 requires five steps to be taken in order to effectively realize the right of the child to be heard whenever a matter affects a child or when the child is invited to give her or his views in a formal proceeding as well as in other settings. These requirements have to be applied in a way which is appropriate for the given context.

...

### **(c) Assessment of the capacity of the child**

44. The child's views must be given due weight, when a case-by-case analysis indicates that the child is capable of forming her or his own views. If the child is capable of forming her or his own views in a reasonable and independent manner, the decision maker must consider the views of the child as a significant factor in the settlement of the issue. Good practice for assessing the capacity of the child has to be developed.

### **(d) Information about the weight given to the views of the child (the feedback)**

45. Since the child enjoys the right that her or his views are given due weight, the decision maker has to inform the child of the outcome of the process and explain how her or his views were considered. The feedback is a guarantee that the views of the child are not only heard as a formality, but are taken seriously. The information may prompt the child to insist, agree or make another proposal or, in the case of a judicial or administrative procedure, file an appeal or a complaint.

...

## **3. Obligations of States parties**

...

### **(b) Specific obligations with regard to judicial and administrative proceedings**

#### **(i) The child's right to be heard in civil judicial proceedings**

50. The main issues which require that the child be heard are detailed below:

### **Divorce and separation**

51. In cases of separation and divorce, the children of the relationship are unequivocally affected by decisions of the courts. Issues of maintenance for the child as well as custody and access are determined by the judge either at trial or through court-directed mediation. Many jurisdictions have included in their laws, with respect to the dissolution of a relationship, a provision that the judge must give paramount consideration to the ‘best interests of the child’.

...

### **B. The right to be heard and the links with other provisions of the Convention**

68. Article 12, as a general principle, is linked to the other general principles of the Convention, such as article 2 (the right to non-discrimination), article 6 (the right to life, survival and development) and, in particular, is interdependent with article 3 (primary consideration of the best interests of the child). The article is also closely linked with the articles related to civil rights and freedoms, particularly article 13 (the right to freedom of expression) and article 17 (the right to information). Furthermore, article 12 is connected to all other articles of the Convention, which cannot be fully implemented if the child is not respected as a subject with her or his own views on the rights enshrined in the respective articles and their implementation.

...

#### **1. Articles 12 and 3**

70. The purpose of article 3 is to ensure that in all actions undertaken concerning children, by a public or private welfare institution, courts, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child are a primary consideration. It means that every action taken on behalf of the child has to respect the best interests of the child. The best interests of the child is similar to a procedural right that obliges States parties to introduce steps into the action process to ensure that the best interests of the child are taken into consideration. The Convention obliges States parties to assure that those responsible for these actions hear the child as stipulated in article 12. This step is mandatory.

71. The best interests of the child, established in consultation with the child, is not the only factor to be considered in the actions of institutions, authorities and administration. It is, however, of crucial importance, as are the views of the child.

...

74. There is no tension between articles 3 and 12, only a complementary role of the two general principles: one establishes the objective of achieving the best interests of the child and the other provides the methodology for reaching the goal of hearing either the child or the children. In fact, there can be no correct application of article 3 if the components of article 12 are not respected. Likewise, article 3 reinforces the functionality of article 12, facilitating the essential role of children in all decisions affecting their lives.

...

### E. Conclusions

135. Investment in the realization of the child's right to be heard in all matters of concern to her or him and for her or his views to be given due consideration, is a clear and immediate legal obligation of States parties under the Convention. It is the right of every child without any discrimination. Achieving meaningful opportunities for the implementation of article 12 will necessitate dismantling the legal, political, economic, social and cultural barriers that currently impede children's opportunity to be heard and their access to participation in all matters affecting them. It requires a preparedness to challenge assumptions about children's capacities, and to encourage the development of environments in which children can build and demonstrate capacities. It also requires a commitment to resources and training.

136. Fulfilling these obligations will present a challenge for States parties. But it is an attainable goal if the strategies outlined in this general comment are systematically implemented and a culture of respect for children and their views is built."

## B. European Convention on the Exercise of Children's Rights

### 1. *Relevant provisions*

98. The relevant provisions of the European Convention on the Exercise of Children's Rights of 25 January 1996, which came into force in respect of Croatia on 1 August 2010, read as follows.

#### **"Chapter I – Scope and object of the Convention and definitions**

##### **Article 1 – Scope and object of the Convention**

1. This Convention shall apply to children who have not reached the age of 18 years.
2. The object of the present Convention is, in the best interests of children, to promote their rights, to grant them procedural rights and to facilitate the exercise of these rights by ensuring that children are, themselves or through other persons or bodies, informed and allowed to participate in proceedings affecting them before a judicial authority.
3. For the purposes of this Convention proceedings before a judicial authority affecting children are family proceedings, in particular those involving the exercise of parental responsibilities such as residence and access to children.
4. Every State shall, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, by a declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe, specify at least three categories of family cases before a judicial authority to which this Convention is to apply.
5. Any Party may, by further declaration, specify additional categories of family cases to which this Convention is to apply or provide information concerning the application of Article 5, paragraph 2 of Article 9, paragraph 2 of Article 10 and Article 11.

6. Nothing in this Convention shall prevent Parties from applying rules more favourable to the promotion and the exercise of children's rights.

...

## **Chapter II – Procedural measures to promote the exercise of children's rights**

### **A. Procedural rights of a child**

#### **Article 3 – Right to be informed and to express his or her views in proceedings**

A child considered by internal law as having sufficient understanding, in the case of proceedings before a judicial authority affecting him or her, shall be granted, and shall be entitled to request, the following rights:

- a to receive all relevant information;
- b to be consulted and express his or her views;
- c to be informed of the possible consequences of compliance with these views and the possible consequences of any decision.

...

### **B. Role of judicial authorities**

#### **Article 6 – Decision-making process**

In proceedings affecting a child, the judicial authority, before taking a decision, shall:

- a consider whether it has sufficient information at its disposal in order to take a decision in the best interests of the child and, where necessary, it shall obtain further information, in particular from the holders of parental responsibilities;
- b in a case where the child is considered by internal law as having sufficient understanding:
  - ensure that the child has received all relevant information;
  - consult the child in person in appropriate cases, if necessary privately, itself or through other persons or bodies, in a manner appropriate to his or her understanding, unless this would be manifestly contrary to the best interests of the child;
  - allow the child to express his or her views;
- c give due weight to the views expressed by the child.

...

#### **Article 9 – Appointment of a representative**

1. In proceedings affecting a child where, by internal law, the holders of parental responsibilities are precluded from representing the child as a result of a conflict of interest between them and the child, the judicial authority shall have the power to appoint a special representative for the child in those proceedings.

2. Parties shall consider providing that, in proceedings affecting a child, the judicial authority shall have the power to appoint a separate representative, in appropriate cases a lawyer, to represent the child.

### **C. Role of representatives**

#### **Article 10**

1. In the case of proceedings before a judicial authority affecting a child the representative shall, unless this would be manifestly contrary to the best interests of the child:

- a provide all relevant information to the child, if the child is considered by internal law as having sufficient understanding;
- b provide explanations to the child if the child is considered by internal law as having sufficient understanding, concerning the possible consequences of compliance with his or her views and the possible consequences of any action by the representative;
- c determine the views of the child and present these views to the judicial authority.

2. Parties shall consider extending the provisions of paragraph 1 to the holders of parental responsibilities.”

#### *2. Croatia's declaration under Article 1 § 4 of the European Convention on the Exercise of Children's Rights*

99. On 6 April 2010, when depositing the instrument of ratification of the above Convention with the Secretary General of the Council of Europe, the Croatian Minister for Foreign Affairs made the following declarations (contained in the instrument of ratification):

“In accordance with Article 1, paragraph 4, of the Convention, the Republic of Croatia designates the following categories of family cases to which this Convention is to apply before its judicial authorities:

- proceedings for deciding on parental care during the divorce of parents;
- proceedings for the exercise of parental care;
- measures for the protection of personal rights and interests of a child;
- proceedings for adoption; and
- proceedings concerning guardianship of minors.”

...

### **D. Council of Europe Guidelines on child-friendly justice**

102. The relevant part of the Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice, adopted by the

Committee of Ministers on 17 November 2010 at the 1098th meeting of the Ministers' Deputies, read as follows.

**“III. Fundamental principles**

1. The guidelines build on the existing principles enshrined in the instruments referred to in the preamble as well as the case law of the European Court of Human Rights.
2. These principles are further developed in the following sections and should apply to all chapters of these guidelines.

**A. Participation**

1. The right of all children to be informed about their rights, to be given appropriate ways to access justice and to be consulted and heard in proceedings involving or affecting them should be respected. This includes giving due weight to the children's views bearing in mind their maturity and any communication difficulties they may have in order to make this participation meaningful.
2. Children should be considered and treated as full bearers of rights and should be entitled to exercise all their rights in a manner that takes into account their capacity to form their own views as well as the circumstances of the case.

...

**IV. Child-friendly justice before, during and after judicial proceedings**

...

**3. Right to be heard and to express views**

44. Judges should respect the right of children to be heard in all matters that affect them or at least to be heard when they are deemed to have a sufficient understanding of the matters in question. Means used for this purpose should be adapted to the child's level of understanding and ability to communicate and take into account the circumstances of the case. Children should be consulted on the manner in which they wish to be heard.
45. Due weight should be given to the child's views and opinion in accordance with his or her age and maturity.
46. The right to be heard is a right of the child, not a duty on the child.
47. A child should not be precluded from being heard solely on the basis of age. Whenever a child takes the initiative to be heard in a case that affects him or her, the judge should not, unless it is in the child's best interests, refuse to hear the child and should listen to his or her views and opinion on matters concerning him or her in the case.
48. Children should be provided with all necessary information on how effectively to use the right to be heard. However, it should be explained to them that their right to be heard and to have their views taken into consideration may not necessarily determine the final decision.

49. Judgments and court rulings affecting children should be duly reasoned and explained to them in language that children can understand, particularly those decisions in which the child's views and opinions have not been followed."

...

## THE LAW

...

### II. OTHER ALLEGED VIOLATIONS OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

167. The Court reiterates that it is master of the characterisation to be given in law to the facts of the case, and that it is not bound by the characterisation given by the applicant or the Government. By virtue of the *jura novit curia* principle, it has, for example, considered of its own motion complaints under Articles or paragraphs not relied on by the parties and even under a provision in respect of which the Court had declared the complaint to be inadmissible while declaring it admissible under a different one. A complaint is characterised by the facts alleged in it and not merely by the legal grounds or arguments relied on (see, for example, *Şerife Yiğit v. Turkey* [GC], no. 3976/05, § 52, 2 November 2010).

168. The Court reiterates that various therapists and the forensic experts in the custody proceedings have established that the first applicant is a traumatised child (see paragraphs ... 69 ... above). It further notes that in her statements to the police, those given before various clinical experts and those before the forensic experts who examined her in the custody proceedings, the first applicant stated on a number of occasions that she wanted to live with her mother, the second applicant (see paragraphs ... and 69 above). The Court also observes that in her school essay of 27 October 2014 the first applicant stated that she had started cutting herself and later explained before a clinical psychologist that she had done that, *inter alia*, because she was "not allowed to manage her own time or live with her mother, which would make her happy" and "because she was not allowed to choose with whom to live" ... The report of that psychologist suggests that the first applicant started self-harming because of frustration resulting from a limitation on her freedom of action ...

169. In this connection, the Court reiterates that the mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of "family life" within the meaning of Article 8 of the Convention (see, among other authorities, *Olsson v. Sweden (no. 1)*, 24 March 1988,

§ 59, Series A no. 130, and *Gluhaković v. Croatia*, no. 21188/09, § 54, 12 April 2011), and that the concept of “private life” within the meaning of that Article includes, *inter alia*, the right to personal autonomy (see, for example, *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III) and to physical and psychological integrity (see, for example, *X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, § 22, Series A no. 91).

170. In particular, in *Fernández Martínez v. Spain* ([GC], no. 56030/07, § 126, ECHR 2014), the Court, as regards the right to private and family life, stressed the importance for individuals to be able to decide freely how to conduct their private and family life, and reiterated that Article 8 also protected the right to self-fulfilment, whether in the form of personal development or from the point of view of the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world, the notion of personal autonomy being an important principle underlying the interpretation of the guarantees laid down in that provision.

171. This right to personal autonomy – which in the case of adults means the right to make choices as to how to lead one’s own life, provided that this does not unjustifiably interfere with the rights and freedoms of others – has a different scope in the case of children. They lack the full autonomy of adults but are, nevertheless, subjects of rights (see the Preamble to the Optional Protocol [of 19 December 2011] to the Convention on the Rights of the Child [which came into force on 14 April 2014] on a communications procedure ...). This circumscribed autonomy in cases of children, which gradually increases with their evolving maturity, is exercised through their right to be consulted and heard. As specified in Article 12 of the Convention on the Rights of the Child (see paragraph 94 above), a child who is capable of forming his or her own views has the right to express them and the right to have due weight given to those views, in accordance with his or her age and maturity, and, in particular, has to be provided with the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting him or her.

172. Having regard to the foregoing considerations, and taking the best interests of the child as a primary consideration, the Court considers that the applicants’ complaints that the domestic authorities have been ignoring the first applicant’s wish to live with her mother, and the fact that she has not yet been heard in the custody proceedings, which have themselves lasted too long ..., raise issues regarding the right to respect for private and family life distinct from those analysed in the context of Articles 3 and 8 of the Convention ..., which thus require separate examination by the Court under the latter Article.

## A. Admissibility

173. The Court reiterates that the Government argued that certain complaints by the applicants under Articles 3 and/or 8 of the Convention, namely those concerning the alleged breach of the positive obligation to prevent future violent acts against the first applicant, were premature because the custody proceedings were still pending ... In the context of this part of the application, that argument constitutes an inadmissibility objection and has to be examined as such ...

174. In this connection the Court reiterates that those custody proceedings have so far been pending for more than four years and three months, and notes that after three and a half years the first applicant started exhibiting self-harming behaviour, which she herself described as a reaction to the frustration resulting from the fact that she was not allowed to live with her mother, the second applicant ... The Court further reiterates that the speed of the domestic proceedings is relevant to whether a given remedy is to be deemed effective and hence necessary in terms of Article 35 § 1 of the Convention. Indeed, the excessive length of the domestic proceedings may constitute a special circumstance which would absolve the applicants from exhausting the domestic remedies at their disposal (see *Šorgić v. Serbia*, no. 34973/06, § 55, 3 November 2011). That is especially so in cases such as the present one, which concerns a continuing situation (highly) prejudicial to the first applicant's private life (see, *mutatis mutandis*, *X. v. Germany*, no. 6699/74, Commission decision of 15 December 1977, Decisions and Reports 11, p. 16, at p. 24). Having regard to the particular circumstances mentioned above, the Court considers that in this case the applicants cannot be required to wait any longer for the final outcome of the custody proceedings.

## B. Merits

...

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

#### (a) **The first applicant**

176. While the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities, there may in addition be positive obligations inherent in effective "respect" for private and family life, and these obligations may involve the adoption of measures in the sphere of the relations of individuals between themselves. Children and other vulnerable individuals, in particular, are entitled to effective protection (see,

for example, *Bevacqua and S. [v. Bulgaria]*, no. 71127/01], § 64[, 12 June 2008]).

177. As regards the right to respect for private life, these obligations may involve the adoption of measures designed to secure that right, including both the provision of a regulatory framework of adjudicatory and enforcement machinery protecting individuals' rights, and the implementation, where appropriate, of specific measures (see, for example, *P. and S. v. Poland*, no. 57375/08, § 95, 30 October 2012).

178. As regards the right to respect for family life, these include an obligation on the national authorities to take measures with a view to reuniting parents with their children and to facilitate such reunions. This also applies to cases where contact and custody disputes concerning children arise between parents and/or other members of the children's family (see, for example, *Gluhaković*, cited above, § 56).

179. The Court reiterates that ineffective, and in particular delayed, conduct of custody proceedings may give rise to a breach of positive obligations under Article 8 of the Convention (see *Eberhard and M. v. Slovenia*, nos. 8673/05 and 9733/05, § 127, 1 December 2009, and *S.I. v. Slovenia*, no. 45082/05, § 69, 13 October 2011).

180. It further reiterates that whilst Article 8 contains no explicit procedural requirements, the decision-making process must be fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded by Article 8 (see, for example, *W. v. the United Kingdom*, 8 July 1987, §§ 62 and 64, Series A no. 121, and *T.P. and K.M. v. the United Kingdom* [GC], no. 28945/95, § 72, ECHR 2001-V). In particular, in a number of childcare cases, the Court has examined whether the parents had been sufficiently involved in the decision-making process, with a view to establishing whether their rights under Article 8 had been violated (see, for example, *W. v. the United Kingdom*, cited above, §§ 62-68 and 70; *Sommerfeld v. Germany* [GC], no. 31871/96, §§ 66-75, ECHR 2003-VIII); and *Sahin v. Germany* [GC], no. 30943/96, §§ 68-78, ECHR 2003-VIII).

181. Having regard to Article 12 of the Convention on the Rights of the Child (see paragraphs 94 and 97 above, in particular paragraph 32 of General Comment No. 12 (2009) on the right of the child to be heard), the Court finds that the same considerations apply *mutatis mutandis* in any judicial or administrative proceedings affecting children's rights under Article 8 of the European Convention on Human Rights. In particular, in such cases it cannot be said that the children capable of forming their own views were sufficiently involved in the decision-making process if they were not provided with the opportunity to be heard and thus express their views.

182. Turning to the present case, the Court notes that the custody proceedings have so far been pending for more than four years and three months. Having regard to its case-law (see *Eberhard and M.*, cited above, §§ 138-42, and *Kopf and Liberda v. Austria*, no. 1598/06, §§ 46-49, 17 January 2012), the Court considers that this fact alone would be sufficient to find that the respondent State has failed to discharge its positive obligations under Article 8 of the Convention, even if the facts of the instant case had not necessitated greater promptness than that normally required in childcare cases.

183. The present case indeed called for greater promptness, because it concerns a traumatised child who, if for no other reason than the fact of her parents' conflictual relationship, suffered great mental anguish which culminated in self-harming behaviour. However, it would appear that the domestic courts failed to recognise the seriousness and the urgency of the situation. In particular, it appears that they did not understand that the first applicant perceived life with her mother as a way out of her precarious position, and the custody proceedings as instrumental in achieving that goal. The domestic courts therefore did not realise that the protracted character of those proceedings was exacerbating the first applicant's plight.

184. The Court is particularly struck by the fact that after four years and three months the first applicant has not yet been heard in those proceedings and thus given a chance to express her views on the issue of which parent she wanted to live with. It notes that the County Court had in its decision of 15 November 2013 instructed the Municipal Court to assess whether the first applicant was able to understand the importance of the proceedings and, if so, allow her to express her opinion and take a statement from her (see paragraph 77 above), although there was nothing to call into question the presumption that the first applicant – who was at the time twelve years old – was capable of forming her own views and expressing them (see paragraph 20 of General Comment No. 12 (2009) on the right of the child to be heard, in paragraph 97 above). In any event, more than a year and seven months have passed without steps being taken to comply even with that instruction. What is even more surprising is that no steps have been taken to accelerate the proceedings even after the first applicant started exhibiting self-harming behaviour.

185. In addition, the Court notes that under the case-law of the Croatian courts, in situations where both parents are equally fit to take care of the child, and the child is, having regard to his or her age and maturity, capable of forming his or her own views and expressing them, the child's wishes as regards which parent to live with must be respected ... The Court cannot

but subscribe to that view, as it considers that otherwise the rule that the views of the child must be given due weight would be rendered meaningless.

186. The Court observes that in the present case the forensic experts in psychology and psychiatry found that the first applicant's parents were equally (un)fit to take care of her (see paragraph 69 above), a view that appears to be shared by the local social welfare centre ... Those experts also established that the first applicant expressed a strong wish to live with her mother (see paragraph 69 above). The Court further observes that both her parents live in the same town, and that a reversal of the custody order would therefore not entail the first applicant having to change school or otherwise be removed from her habitual social environment. Moreover, the first applicant, who is an A-grade pupil and whom the experts viewed as being of good or even above-average intellectual capacities ..., was nine and a half years old at the start of the proceedings and is now thirteen and a half. It would thus be difficult to argue that, given her age and maturity, she is not capable of forming her own views and expressing them freely. The Court therefore finds that not respecting her wishes as regards the issue of which parent to live with would, in the specific circumstances of the present case, constitute an infringement of her right to respect for private and family life.

187. Having regard to all of the above, the Court finds that there has been a violation of Article 8 of the Convention in the present case as regards the first applicant's right to respect for her private and family life.

**(b) The second applicant**

188. The Court considers that its above findings concerning the protracted character of the custody proceedings apply equally to the second applicant (see paragraph 182).

189. There has accordingly been a violation of Article 8 of the Convention in the present case as regards the second applicant's right to respect for her family life.

...

**FOR THESE REASONS, THE COURT**

1. *Declares*, unanimously, the complaints concerning prohibition of ill-treatment and the right to respect for private and family life admissible and the remainder of the application inadmissible;

...

5. *Holds*, unanimously, that there has been a violation of Article 8 of the Convention as regards the first applicant's right to respect for her private

and family life on account of the protracted character of the custody proceedings and her non-involvement in the decision-making process;

...

Done in English, and notified in writing on 3 September 2015 pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Søren Nielsen  
Registrar

Isabelle Berro  
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the separate opinion of Judges Berro and Møse is annexed to this judgment.

I.B.  
S.N.

...

M. ET M. c. CROATIE  
*(Requête n° 10161/13)*

PREMIÈRE SECTION

ARRÊT DU 3 SEPTEMBRE 2015<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais. Extraits.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Enfant non entendu pendant la longue procédure relative à l'attribution de sa garde****Article 8**

*Droit au respect de la vie privée et familiale – Droits de l'enfant – Enfant non entendu pendant la longue procédure relative à l'attribution de sa garde – Obligations positives – Participation suffisante au processus décisionnel – Article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant*

\*

\* \*

*En fait*

La première requérante est née en 2001. Après la séparation de ses parents en 2007, elle fut confiée à la garde de son père et vit depuis lors dans le foyer de celui-ci. Sous la garde de son père, la première requérante aurait été fréquemment insultée et menacée de violences physiques par celui-ci. En mars 2011, sa mère (la seconde requérante) engagea une action civile contre le père en vue d'obtenir la garde de la première requérante. Sa demande de garde provisoire fut rejetée en juin 2011, la juridiction interne, s'appuyant sur les avis des experts médico-légaux et des travailleurs sociaux, ayant conclu que la première requérante ne risquait pas de subir à nouveau des mauvais traitements chez son père. La procédure au principal relative à l'attribution de la garde était toujours pendante à la date à laquelle la Cour a rendu son arrêt. La première requérante, qui avait exprimé son vif souhait de vivre avec sa mère et qui commençait à souffrir de troubles du comportement se manifestant notamment par des actes d'automutilation, n'a jamais été entendue par le tribunal compétent et continuait à vivre avec son père, contrairement à ce qu'elle souhaitait.

*En droit*

Article 8: le fait que la procédure d'attribution de la garde a jusqu'ici duré plus de quatre ans et trois mois suffit à lui seul à établir que l'État défendeur a failli à ses obligations positives découlant de l'article 8 de la Convention. De surcroît, le cas d'espèce appelle une diligence encore plus grande, car il concerne une enfant traumatisée qui, ne serait-ce qu'en raison de la relation conflictuelle entre ses parents, a connu une grande souffrance psychique l'ayant conduite à s'automutiler. Cependant, il apparaîtrait que les juridictions nationales n'aient pas perçu la

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

gravité et l'urgence de la situation et que la durée importante de la procédure n'a fait qu'aggraver les souffrances de la première requérante. La Cour est particulièrement frappée de constater qu'après quatre ans et trois mois la première requérante n'a toujours pas été entendue dans cette procédure et n'a donc pas eu la possibilité d'indiquer avec quel parent elle souhaitait vivre. À la lumière de l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant, dans toute procédure judiciaire ou administrative ayant une incidence sur les droits des enfants découlant de l'article 8 de la Convention, on ne saurait dire que des enfants capables de discernement ont été suffisamment associés au processus décisionnel lorsqu'il ne leur a pas été donné la possibilité d'être entendus et d'exprimer leur opinion. Compte tenu de l'âge et de la maturité de la première requérante, il serait difficile d'arguer qu'elle n'est ni capable de discernement ni apte à exprimer librement ses opinions. En l'espèce, les experts médicoolégaux ont établi, premièrement, que les deux parents étaient tout aussi (in)aptes l'un que l'autre à s'occuper d'elle et, deuxièmement, qu'elle souhaitait vivre avec sa mère. Les deux parents résidant dans la même ville, une modification des modalités de garde ne contraindrait pas la première requérante à changer d'établissement scolaire ou à quitter son environnement social habituel. Par conséquent, dans les circonstances particulières de l'espèce, la méconnaissance du souhait exprimé par la première requérante de vivre avec sa mère s'analyse en une atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale dans le chef de l'intéressée.  
*Conclusion*: violation (unanimité).

### Jurisprudence citée par la Cour

- Bevacqua et S. c. Bulgarie*, n° 71127/01, 12 juin 2008  
*Eberhard et M. c. Slovénie*, nos 8673/05 et 9733/05, 1<sup>er</sup> décembre 2009  
*Fernández Martínez c. Espagne* [GC], n° 56030/07, CEDH 2014  
*Gluhaković c. Croatie*, n° 21188/09, 12 avril 2011  
*Kopf et Liberda c. Autriche*, n° 1598/06, 17 janvier 2012  
*Olsson c. Suède (n° 1)*, 24 mars 1988, série A n° 130  
*P. et S. c. Pologne*, n° 57375/08, 30 octobre 2012  
*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CEDH 2002-III  
*S.I. c. Slovénie*, n° 45082/05, 13 octobre 2011  
*Sahin c. Allemagne* [GC], n° 30943/96, CEDH 2003-VIII  
*Şerife Yiğit c. Turquie* [GC], n° 3976/05, 2 novembre 2010  
*Sommerfeld c. Allemagne* [GC], n° 31871/96, CEDH 2003-VIII  
*Šorgić c. Serbie*, n° 34973/06, 3 novembre 2011  
*T.P. et K.M. c. Royaume-Uni* [GC], n° 28945/95, CEDH 2001-V  
*W. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, série A n° 121  
*X. c. Allemagne*, n° 6699/74, décision de la Commission du  
 15 décembre 1977, Décisions et rapports 11  
*X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, série A n° 91

### **En l'affaire M. et M. c. Croatie,**

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

Isabelle Berro, *présidente*,  
 Mirjana Lazarova Trajkovska,  
 Julia Laffranque,  
 Paulo Pinto de Albuquerque,  
 Linos-Alexandre Sicilianos,  
 Erik Møse,  
 Ksenija Turković, *juges*,

et de Søren Nielsen, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 7 juillet 2015,

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

### PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 10161/13) dirigée contre la République de Croatie et dont deux ressortissantes de cet État, M<sup>me</sup> M. (« la seconde requérante ») et sa fille mineure M. (« la première requérante »), ont saisi la Cour le 3 janvier 2013 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). La présidente de la section a accédé à la demande de non-divulgence de leur identité formulée par les requérantes (article 47 § 4 du règlement de la Cour – « le règlement »).

2. Les requérantes ont été représentées par M<sup>me</sup> S. Bezbradica Jelavić et M. I. Jelavić, du cabinet d'avocats Jelavić & Partners, à Zagreb. Le gouvernement croate (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M<sup>me</sup> Š. Stažnik.

3. Les requérantes alléguaient en particulier que les autorités croates, en omettant de poursuivre dûment le père de la première requérante pour des violences supposément perpétrées contre celle-ci et de la retirer du domicile de son père afin de la protéger contre de nouveaux actes violents, avaient failli à leurs obligations positives découlant de l'article 3 et/ou de l'article 8 de la Convention.

4. Le 16 mai 2013, la requête a été communiquée au Gouvernement.

### EN FAIT

#### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

##### **A. La genèse de l'affaire**

5. La seconde requérante est née en 1976 et la première en 2001. Toutes deux résident à Zadar.

6. Le 23 juin 2001, la seconde requérante épousa I.M.

7. Le 4 septembre 2001, la seconde requérante donna naissance à la première requérante.

8. Les relations entre les époux se détériorèrent et, en 2006, la seconde requérante engagea une action civile contre son époux en vue d'obtenir le divorce, la garde de la première requérante et une pension alimentaire pour celle-ci. I.M., son époux, déposa une demande reconventionnelle pour se voir attribuer la garde de la première requérante.

(...)

10. Dans un jugement rendu le 24 août 2007, le tribunal municipal de Zadar (*Općinski sud u Zadru*) prit plusieurs décisions: a) il prononça le divorce entre la seconde requérante et I.M., b) il attribua à I.M. la garde de la première requérante, c) il accorda à la seconde requérante un droit de visite (contact), et d) il ordonna à la seconde requérante de verser régulièrement une pension alimentaire pour la première requérante. Le tribunal fonda ses décisions sur le résultat des expertises psychiatrique et psychologique qui avaient été effectuées pour les besoins de la procédure, ainsi que sur la recommandation du centre d'action sociale de Zadar (*Centar za socijalnu skrb Zadar*, «le centre d'action sociale local»), lequel avait pris part de sa propre initiative à la procédure en qualité de partie intervenante, dans l'intention de protéger les intérêts de la première requérante. Le jugement devint définitif le 2 janvier 2008.

(...)

#### **D. La procédure d'attribution de la garde**

60. [Le] 30 mars 2011, la seconde requérante saisit le tribunal municipal de Zadar d'une action civile contre le père de la première requérante dans le but de faire modifier les modalités de garde et de visite décidées par le jugement rendu par ce même tribunal le 24 août 2007 (paragraphe 10 ci-dessus). Elle demanda en particulier la garde de la première requérante. Parallèlement, elle pria le tribunal de lui accorder la garde temporaire de la première requérante par une mesure provisoire, dans l'attente de l'issue définitive de la procédure principale.

61. Estimant que c'étaient les règles de la procédure non contentieuse et non les règles de la procédure civile ordinaire qui devaient s'appliquer en cette affaire, le tribunal considéra que l'action civile introduite par la seconde requérante relevait de la matière gracieuse. Il tint des audiences le 29 avril et le 16 mai 2011.

62. Le centre d'action sociale local prit part de sa propre initiative à cette procédure en qualité de partie intervenante, dans le but de protéger les intérêts de la première requérante.

63. Lors de l'audience du 29 avril 2011, la représentante de la seconde requérante insista pour que la mesure provisoire demandée fût adoptée. Le représentant du centre d'action sociale local qualifia de très complexe la situation qui régnait dans la famille de la première requérante, précisant que le père et la mère avaient porté plainte au pénal à de nombreuses reprises l'un contre l'autre et que les deux parents devraient être examinés par des experts médico-légaux. Il indiqua également qu'à ce stade, le centre se trouvait dans l'incapacité de formuler une recommandation concernant la mesure provisoire sollicitée, et que pareille recommandation ne pourrait être délivrée qu'à l'issue de l'évaluation du contexte familial qui serait effectuée par une équipe de professionnels travaillant au centre. La représentante de la seconde requérante répondit que le centre avait été informé d'un incident qui avait eu lieu le 1<sup>er</sup> février 2011, mais qu'il n'avait rien fait pour remédier à la situation qui régnait dans la famille de la première requérante. Elle insista donc pour maintenir la demande de mesure provisoire.

64. Le 12 mai 2011, le centre d'action sociale local remit son rapport et sa recommandation au tribunal. Pour établir ce rapport, le centre avait interrogé la seconde requérante et le père de la première requérante les 3 et 4 mai 2011, avait effectué des visites à leurs domiciles respectifs et avait sollicité l'avis de l'établissement scolaire que fréquentait la première requérante. Dans sa partie pertinente, le rapport rédigé par le centre se lisait ainsi :

« Les allégations des [parents de l'enfant], lesquels s'accusent mutuellement de mauvais traitements sur l'enfant, sont impossibles à vérifier, de même qu'il est impossible de parvenir à une conclusion tranchée sur la seule base des entretiens effectués avec eux ou des visites rendues dans leurs foyers respectifs.

Il se dégage l'impression que, accablés par les tensions permanentes qui affectent leur relation et par le besoin de chacun d'eux de vivre avec l'enfant, les parents font consciemment ou inconsciemment passer leur personne et leurs besoins au premier plan et négligent le bien-être et les besoins de l'enfant.

Une mesure de surveillance de l'exercice de l'autorité parentale a précédemment été ordonnée aux fins de la protection de l'enfant pendant la durée de la procédure de divorce, du 7 novembre 2006 au 31 août 2008.

Étant donné que la communication entre les parents, déjà mauvaise, s'est encore détériorée, ce qui entraîne des tensions qui pourraient nuire au développement affectif de l'enfant, et que les parents vont à nouveau se retrouver devant les tribunaux, le centre a décidé d'imposer la même mesure en vue de protéger les droits et le bien-être de [l'enfant], et ce en surveillant la relation qu'entretiennent le père et la mère avec l'enfant et en dispensant aux parents des conseils sur la manière d'améliorer la communication entre eux et de renforcer leurs compétences parentales. »

65. Le centre d'action sociale locale recommanda que l'on procédât à une double expertise (psychiatrique et psychologique) de la première

requérante et de ses parents dans le but de définir les aptitudes parentales de ces derniers, ainsi que les conséquences éventuelles de leur comportement sur le développement physique et psychique de l'enfant. Il considérait que la situation de la famille de la première requérante était complexe, mais qu'il n'y avait alors aucune raison de supposer que la vie de cette dernière était menacée. La partie pertinente de la recommandation formulée par le centre d'action sociale local était ainsi libellée :

« À l'issue de la procédure d'évaluation du contexte familial (...) il a été établi que les parents expriment des points de vue opposés concernant les mauvais traitements et la négligence envers [leur enfant]. [La mère] accuse le père de maltraiter l'enfant physiquement et psychologiquement, et lui reproche de faire obstacle aux contacts entre l'enfant et elle-même et de recourir à des méthodes éducatives inappropriées. [Le père] accuse [la mère] de négliger les intérêts de l'enfant : il lui reproche de ne pas payer la pension alimentaire, de ne pas aller rencontrer les enseignants de l'enfant à l'école et de ne pas participer aux réunions de parents, et de manipuler l'enfant (...) »

Compte tenu du dossier médical dont dispose le centre, des arguments des parties, des visites effectuées dans les foyers respectifs [du père et de la mère] et des entretiens menés avec eux, nous recommandons que les parents et l'enfant soient soumis à une double expertise [psychiatrique et psychologique] qui permettra d'évaluer l'aptitude des parents à continuer de s'occuper de [leur fille], ainsi que les éventuelles conséquences de leur comportement sur le développement psychologique et physique de l'enfant.

Il est vrai que la situation de la famille est complexe. Cependant, à l'heure actuelle, rien n'indique que la vie [de l'enfant] soit menacée au sein du foyer de son père. »

66. Par des décisions rendues le 16 mai et les 6 et 16 juin 2011, le tribunal ordonna la réalisation d'une double expertise par des experts psychiatres et psychologues chargés d'apprécier a) les aptitudes parentales de la seconde requérante et du père de la première requérante, b) l'état de la première requérante, et c) l'éventualité que la première requérante ait subi des mauvais traitements et, le cas échéant, de déterminer qui en serait l'auteur.

67. Par une décision du 7 juin 2011, le tribunal refusa d'adopter la mesure provisoire sollicitée par la seconde requérante (paragraphe 60 ci-dessus). Pour rendre sa décision, le tribunal s'était appuyé sur le rapport produit par [un] ophtalmologue le 2 février 2011, sur les avis présentés par des experts psychiatres le 19 février et le 7 mai 2011, ainsi que sur les avis remis par un psychologue le 5 mars et le 22 avril 2011 (...) Il consulta également le dossier de la procédure pénale pour coups et blessures et examina le rapport, ainsi que la recommandation établis par le centre d'action sociale local le 12 mai 2011 (paragraphe 64-65 ci-dessus). Au vu des divergences entre les avis rendus par les psychiatres, de l'ordonnance pénale prise contre le père de la première requérante, qui n'est jamais devenue définitive, ainsi que de la recommandation formulée par le centre d'action sociale local, le

tribunal conclut qu'à ce stade, les allégations selon lesquelles la première requérante avait subi des mauvais traitements de la part de son père ne présentaient pas une plausibilité suffisante pour justifier que la garde de l'enfant fût immédiatement retirée à titre provisoire à son père. En particulier, le tribunal déclara :

« (...) il n'est pas démontré de manière suffisamment plausible que pareille mesure soit nécessaire en vue d'empêcher des violences ou la concrétisation d'un risque de préjudice irréparable, étant donné que nul ne peut dire pour le moment si [l'enfant] a subi des mauvais traitements de la part de son père ou si [elle] a été manipulée par sa mère, et que ces points restent sujets à controverse (...) »

68. Le 2 mars 2012, le tribunal du comté de Zadar (*Županijski sud u Zadru*) rejeta un recours formé par la seconde requérante et confirma la décision rendue en première instance.

69. Le 29 décembre 2011, les experts médicolégaux avaient remis leur avis (paragraphe 66 ci-dessus) au tribunal municipal de Zadar. Dans cet avis, les experts constataient que la seconde requérante comme le père de la première requérante présentaient des aptitudes parentales limitées et souffraient de troubles de la personnalité (tous deux étaient émotionnellement instables et le père de la première requérante était également narcissique). Les experts concluaient par ailleurs que la première requérante était psychologiquement traumatisée par la séparation de ses parents, par le différend qui les opposait, ainsi que par le manque de communication entre eux. Ils précisaient qu'au lieu de l'en tenir à l'écart, ses parents l'avait placée au cœur de ce différend, la manipulant parfois jusqu'à atteindre le stade de la maltraitance psychologique. Les experts recommandaient donc de soumettre la première requérante et ses parents à une thérapie appropriée. Ils constataient également que la première requérante nourrissait des sentiments ambivalents envers son père et idéalisait sa mère, qu'elle considérait comme une « amie », et exprimait le souhait de vivre avec elle. Les experts estimaient qu'il était possible de satisfaire ce désir de proximité avec sa mère par des contacts (plus) fréquents entre la première requérante et la seconde. Ils ajoutaient que si, après avoir reçu la thérapie recommandée pendant un an, la première requérante souhaitait toujours vivre avec sa mère, une nouvelle expertise double serait demandée.

70. Les experts ne répondaient pas à la question posée par le tribunal, qui souhaitait savoir si la première requérante avait été exposée à des mauvais traitements et, le cas échéant, de la part de qui (paragraphe 66 ci-dessus). Ils concluaient a) que la première requérante devait néanmoins continuer de vivre chez son père à ce stade, tout en entretenant des contacts fréquents avec sa mère, b) qu'elle et ses deux parents devaient suivre un traitement et bénéficier d'un accompagnement psychologique, c) que la surveillance de

l'exercice de l'autorité parentale (mesure de protection de l'enfant imposée par le centre d'action sociale local (...)) devait être maintenue, et d) que la première requérante et ses parents devaient faire l'objet d'une nouvelle expertise au bout de un an. En particulier, les experts énonçaient les conclusions suivantes :

« Nous ne décelons [aucun] élément qui s'opposerait à ce que [l'enfant] vive avec son père. [Nous estimons] que pour le moment il n'est ni nécessaire ni souhaitable que l'enfant change de lieu de résidence, c'est-à-dire que nous recommandons que [l'enfant] continue de vivre chez son père. »

71. À la suite d'une demande formulée par la seconde requérante, par une décision du 27 juillet 2012, le tribunal municipal de Zadar désigna G.Š., avocat à Zadar, comme représentant spécial de la première requérante chargé de défendre les intérêts de celle-ci dans le cadre de la procédure, conformément à l'article 9, paragraphe 1, de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants (paragraphe 98 ci-dessous).

72. Statuant sur un recours formé par le père de la première requérante, le tribunal du comté de Zadar décida le 26 octobre 2012 d'annuler cette décision et de renvoyer l'affaire pour nouvel examen. Il estimait que la juridiction de première instance n'avait pas établi si les intérêts de la première requérante entraient effectivement en conflit avec ceux de (l'un de) ses parents, ce qui constituait une condition préalable nécessaire à la désignation d'un représentant spécial.

73. Par une décision du 13 novembre 2012, le centre d'action sociale local désigna la même personne en qualité de tuteur *ad litem* de la première requérante en vertu de l'article 167 de la loi sur la famille (...)

74. Le tribunal municipal de Zadar tint de nouvelles audiences relatives à l'affaire le 6 septembre et le 11 décembre 2012 et le 8 mars 2013.

75. Lors de cette dernière audience, le tribunal entendit les auteurs de la double expertise du 29 décembre 2011. Lesdits experts déclarèrent, entre autres a) que les résultats de leur expertise étaient caducs, parce que un an et deux mois s'étaient écoulés depuis la rédaction de leur rapport, b) qu'ils n'avaient pas répondu à la question du tribunal, qui souhaitait savoir si la première requérante avait été exposée à des mauvais traitements, parce que c'était aux autorités judiciaires et non à eux-mêmes qu'il appartenait de procéder à cette appréciation, et c) qu'il serait inutile de déterminer avec lequel de ses deux parents la première requérante devrait vivre si ses parents se comportaient mieux tous les deux.

76. La seconde requérante demanda la modification des modalités de garde et de visite décidées par le jugement du 24 août 2007. Par une décision du 30 avril 2013, le tribunal municipal de Zadar la débouta. La

seconde requérante et le tuteur *ad litem* de la première requérante firent appel de cette décision.

77. Le 15 novembre 2013, le tribunal du comté de Zadar annula la décision rendue en première instance au motif qu'elle reposait sur un établissement des faits incomplet et il renvoya l'affaire devant la juridiction inférieure. Il ordonna au tribunal de première instance a) de rechercher si la condamnation du père de la première requérante pour l'infraction pénale de coups et blessures portés à sa fille était devenue définitive, b) de déterminer si la première requérante était capable de comprendre l'importance de la procédure, et, le cas échéant, de lui permettre d'exprimer son avis et recueillir son témoignage, c) d'apprécier la nécessité de désigner un représentant spécial pour la première requérante, et d) de solliciter un avis et une recommandation auprès du centre d'action sociale local.

78. Lors du réexamen de l'affaire, le 18 novembre 2013, le tribunal municipal de Zadar mit un terme à la procédure gracieuse et décida d'appliquer les règles de la procédure civile (ordinaire). Le tribunal expliqua en effet que, si elle était accueillie, la demande introduite par la seconde requérante afin d'obtenir la modification des modalités de garde et de visite arrêtées dans son jugement du 24 août 2007 (paragraphe 10 ci-dessus) entraînerait nécessairement l'adoption d'une nouvelle décision relativement au paiement d'une pension alimentaire par le parent non titulaire de la garde, et que cette question ne pouvait pas être tranchée dans le cadre d'une procédure gracieuse, mais devait l'être au cours d'une procédure civile ordinaire. Il ajouta que, pour autant, les actes de procédure qui avaient été accomplis jusque-là n'avaient rien perdu de leur validité ou de leur pertinence.

79. Le 27 février 2014, la seconde requérante, qui se plaignait de la durée de la procédure, engagea une action tendant à faire protéger son droit à ce que sa cause fût entendue dans un délai raisonnable.

80. Le 9 juillet 2014, le président du tribunal municipal de Zadar rejeta la demande de la seconde requérante.

81. Il apparaîtrait que la procédure est actuellement toujours pendante devant le tribunal municipal de Zadar, qui doit statuer en première instance. (...)

### III. LE DROIT INTERNATIONAL PERTINENT

#### A. La Convention relative aux droits de l'enfant

##### 1. *Dispositions pertinentes*

94. Les dispositions pertinentes de la Convention relative aux droits de l'enfant du 2 septembre 1990, qui est entrée en vigueur à l'égard de la Croatie le 12 octobre 1992, sont les suivantes :

### Article 12

« 1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

2. À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriée, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale. »

### Article 19

« 1. Les États parties prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié.

2. Ces mesures de protection doivent comprendre, selon qu'il conviendra, des procédures efficaces pour l'établissement de programmes sociaux visant à fournir l'appui nécessaire à l'enfant et à ceux à qui il est confié, ainsi que pour d'autres formes de prévention, et aux fins d'identification, de rapport, de renvoi, d'enquête, de traitement et de suivi pour les cas de mauvais traitements de l'enfant décrits ci-dessus, et comprendre également, selon qu'il conviendra, des procédures d'intervention judiciaire. »

(...)

### 3. *Observation générale n° 12 (2009) sur le droit de l'enfant d'être entendu (article 12)*

97. Dans sa partie pertinente, l'Observation générale n° 12 (2009) sur le droit de l'enfant d'être entendu, qui a été adoptée par le Comité des droits de l'enfant à l'occasion de sa cinquante et unième session, du 25 mai au 12 juin 2009, est ainsi libellée :

#### « A. Analyse juridique

15. L'article 12 de la Convention [relative aux droits de l'enfant] consacre le droit de chaque enfant d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant et le droit de voir ces opinions dûment prises en considération, eu égard à son âge et à son degré de maturité. Il impose clairement aux États parties l'obligation de reconnaître ce droit et veiller à sa mise en œuvre en écoutant les opinions des enfants et les prenant dûment en considération. Cette obligation impose aux États parties, dans le respect de leur système judiciaire, soit de garantir directement ce droit, soit d'adopter des lois ou de réviser les lois existantes afin que les enfants puissent exercer pleinement ce droit.

(...)

## 1. Analyse littérale de l'article 12

### a) Paragraphe 1 de l'article 12

#### i) «Garantissent»

19. Le paragraphe 1 de l'article 12 dispose que les États parties «garantissent» à l'enfant le droit d'exprimer librement son opinion. «Garantissent» est un terme juridique particulièrement fort, qui ne laisse aucune marge de discrétion aux États parties. Par conséquent, les États parties sont strictement tenus de prendre des mesures appropriées pour mettre pleinement en œuvre ce droit pour tous les enfants. Cette obligation comprend deux éléments qui permettent de garantir que des mécanismes sont mis en place pour solliciter l'opinion de l'enfant sur toute question le concernant et pour prendre dûment cette opinion en considération.

#### ii) «Capable de discernement»

20. Les États parties doivent garantir le droit d'être entendu à tout enfant «capable de discernement». Cette expression ne doit pas être perçue comme une restriction, mais plutôt comme l'obligation pour les États parties d'évaluer la capacité de l'enfant de se forger une opinion de manière autonome dans toute la mesure possible. Cela signifie que les États parties ne peuvent pas partir du principe qu'un enfant est incapable d'exprimer sa propre opinion. Au contraire, les États parties doivent présumer qu'un enfant a la capacité de se forger une opinion propre et reconnaître qu'il a le droit de l'exprimer; il n'appartient pas à l'enfant de faire la preuve préalable de ses capacités.

21. Le Comité souligne que l'article 12 n'impose aucune limite d'âge en ce qui concerne le droit de l'enfant d'exprimer son opinion, et décourage les États parties d'adopter, que ce soit en droit ou en pratique, des limites d'âge de nature à restreindre le droit de l'enfant d'être entendu sur toutes les questions l'intéressant. (...)

(...)

#### iv) «Sur toute question l'intéressant»

26. Les États parties doivent s'assurer que l'enfant est capable d'exprimer son opinion «sur toute question l'intéressant», ce qui constitue la deuxième qualification de ce droit: l'enfant doit être entendu si la question à l'examen le concerne. Cette condition de base doit être respectée et entendue au sens large.

(...)

v) «Étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité»

28. Les opinions de l'enfant doivent être «dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité». Cette clause fait référence à la capacité de l'enfant, qui doit être évaluée pour prendre dûment en considération son opinion, ou pour expliquer à l'enfant la manière dont ses opinions ont influé sur l'issue du processus. L'article 12 dispose qu'écouter simplement l'enfant ne suffit pas; les opinions de l'enfant doivent être sérieusement examinées lorsque l'enfant est capable de discernement.

(...)

30. Le degré de maturité fait référence à l'aptitude de l'enfant à comprendre et évaluer les implications d'une question donnée, et doit donc être pris en compte pour déterminer la capacité individuelle d'un enfant. Le degré de maturité est difficile à définir. Dans le contexte de l'article 12, c'est la capacité d'un enfant d'exprimer ses vues sur des questions d'une manière raisonnable et indépendante. Les incidences de la question sur l'enfant doivent également être prises en considération. Plus la question a des incidences importantes sur la vie de l'enfant, plus il est primordial d'évaluer précisément le degré de maturité de l'enfant.

31. Il convient également de tenir compte de la notion d'évolution des capacités de l'enfant, et de l'orientation et des conseils donnés par les parents (...)

*b) Paragraphe 2 de l'article 12*

i) Le droit de l'enfant « d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant »

32. Le paragraphe 2 de l'article 12 précise qu'il faut donner à l'enfant la possibilité d'être entendu, notamment « dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant ». Le Comité souligne que cette disposition s'applique à toutes les procédures judiciaires pertinentes concernant l'enfant, sans restriction, y compris, par exemple, celles qui concernent la séparation des parents, la garde, la prise en charge et l'adoption (...)

(...)

ii) « Soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié »

35. Après que l'enfant a décidé de se faire entendre, il doit décider de la façon dont il va le faire : « soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié ». Le Comité recommande de donner à l'enfant, chaque fois que possible, la possibilité d'être entendu directement dans toute procédure quelle qu'elle soit.

36. Le représentant de l'enfant peut être le ou les parents, un avocat, ou toute autre personne (notamment un travailleur social). Toutefois, il convient de souligner que, dans de nombreuses affaires (civiles, pénales ou administratives), il existe des risques de conflit d'intérêts entre l'enfant et son représentant le plus évident (le ou les parents). Si l'enfant est entendu par l'intermédiaire d'un représentant, il est primordial que ses opinions soient transmises correctement par ce représentant à la personne chargée de rendre la décision. La méthode choisie doit être déterminée par l'enfant (ou par l'autorité compétente si nécessaire) en fonction de sa situation particulière. Le représentant doit avoir une connaissance et une compréhension suffisantes des différents aspects du processus décisionnel et avoir l'expérience du travail avec les enfants.

37. Le représentant doit être conscient qu'il représente exclusivement les intérêts de l'enfant et non les intérêts d'autres personnes (parent(s)), d'institutions ou d'organismes (par exemple le foyer d'accueil, l'administration ou la société). Des codes de conduite devraient être élaborés à l'intention des représentants désignés pour présenter les opinions de l'enfant.

(...)

## 2. Mesures d'application du droit de l'enfant d'être entendu

40. L'application des deux paragraphes de l'article 12 suppose l'adoption de cinq mesures pour réaliser effectivement le droit de l'enfant d'être entendu chaque fois qu'une question le concerne ou lorsque l'enfant est invité à donner son opinion dans une procédure formelle ou dans un autre contexte. Ces mesures doivent être prises d'une manière adaptée compte tenu du contexte.

(...)

### *c) Évaluation de la capacité de l'enfant*

44. Les opinions de l'enfant doivent être dûment prises en considération, quand l'analyse au cas par cas montre que l'enfant est capable de discernement. Si l'enfant est capable de se forger sa propre opinion de manière raisonnable et indépendante, le décideur doit considérer l'opinion de l'enfant comme un facteur important dans le règlement de la question. Il convient d'élaborer de bonnes pratiques pour l'évaluation des capacités de l'enfant.

### *d) Information sur le poids donné à l'opinion de l'enfant (retour d'information)*

45. Étant donné que l'enfant jouit du droit de voir ses opinions dûment prises en compte, le décideur doit l'informer de l'issue du processus et lui expliquer comment son opinion a été prise en considération. Ce retour d'information garantit que l'opinion de l'enfant n'est pas simplement entendue à titre de formalité, mais qu'elle est prise au sérieux. Ce retour d'information peut conduire l'enfant à insister, à exprimer son accord ou à formuler une autre proposition ou, dans le cas d'une procédure judiciaire ou administrative, à former un recours ou à déposer une plainte.

(...)

## 3. Obligations des États parties

(...)

### *b) Obligations spécifiques concernant les procédures judiciaires et administratives*

#### *i) Le droit de l'enfant d'être entendu dans les procédures judiciaires civiles*

50. Les principales questions sur lesquelles l'enfant doit être entendu sont les suivantes :

#### *Divorce et séparation*

51. En cas de séparation ou de divorce, les enfants sont, de toute évidence, concernés par les décisions des tribunaux. Les décisions relatives à la pension alimentaire de l'enfant, à la garde et au droit de visite sont prises par le juge lors d'un procès ou dans le cadre d'une médiation menée par le tribunal. Dans de nombreux États, la loi prévoit que, lors de la dissolution d'une relation, le juge doit accorder une attention primordiale à « l'intérêt supérieur de l'enfant ».

(...)

## **B. Le droit d'être entendu et ses liens avec les autres dispositions de la Convention**

68. L'article 12, en tant que principe général, est lié aux autres principes généraux de la Convention, comme l'article 2 (droit à la non-discrimination), l'article 6 (droit à la vie, la survie et au développement) et, en particulier, entretient une relation d'interdépendance avec l'article 3 (primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant). L'article est aussi étroitement lié aux articles relatifs aux libertés et droits civils, en particulier l'article 13 (droit à la liberté d'expression) et l'article 17 (droit à l'information). En outre, l'article 12 est lié à tous les autres articles de la Convention, qui ne peuvent être pleinement mis en œuvre si l'enfant n'est pas respecté en tant que sujet avec ses propres opinions sur les droits consacrés par les différents articles et sur leur application.

(...)

### **1. Article 12 et article 3**

70. L'article 3 vise à garantir que, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale. Cela signifie que chaque mesure prise au nom de l'enfant doit respecter son intérêt supérieur. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est similaire à un droit procédural qui oblige les États parties à intégrer à leurs processus d'action des mesures visant à garantir que l'intérêt supérieur de l'enfant est pris en considération. La Convention oblige les États parties à veiller à ce que les personnes responsables de ces mesures entendent l'enfant comme l'exige l'article 12. Cette mesure est obligatoire.

71. L'intérêt supérieur de l'enfant, établi en consultation avec l'enfant, n'est pas le seul facteur à prendre en compte dans les actions des institutions, des autorités et de l'administration. Il est, cependant, d'une importance cruciale, tout comme les opinions de l'enfant.

(...)

74. Il n'y a pas de conflit entre les articles 3 et 12; ils énoncent deux principes généraux qui ont un rôle complémentaire: le premier fixe pour objectif de réaliser l'intérêt supérieur de l'enfant et le deuxième définit la méthode pour atteindre l'objectif d'entendre l'enfant ou les enfants. De fait, l'article 3 ne saurait être correctement appliqué si les composantes de l'article 12 ne sont pas respectées. De même, l'article 3 renforce la fonctionnalité de l'article 12, en facilitant le rôle essentiel des enfants dans toutes les décisions intéressant leur vie.

(...)

## **E. Conclusion**

135. La Convention impose aux États parties l'obligation claire et immédiate de s'employer à faire respecter le droit de l'enfant d'être entendu sur toute question intéressant, son opinion étant dûment prise en considération. Tel est le droit de chaque enfant, sans discrimination. Pour permettre véritablement l'application de l'article 12, il convient de lever les obstacles juridiques, politiques, économiques, sociaux et cultu-

rels qui empêchent les enfants de se faire entendre et de participer à toutes les décisions les intéressant. Pareille entreprise suppose d'être disposé à remettre en cause les postulats relatifs aux capacités de l'enfant et à encourager la mise en place d'un contexte dans lequel les enfants peuvent renforcer et démontrer leurs capacités. Elle suppose aussi de mobiliser des ressources et de prévoir des activités de formation.

136. Honorer ces obligations est un défi pour les États parties. Mais c'est un défi qui peut être relevé, en appliquant systématiquement les stratégies exposées dans la présente Observation générale et en instaurant une culture du respect des enfants et de leurs opinions.»

## **B. La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants**

### *1. Dispositions pertinentes*

98. Les dispositions pertinentes de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants du 25 janvier 1996, qui est entrée en vigueur à l'égard de la Croatie le 1<sup>er</sup> août 2010, sont les suivantes :

#### **« Chapitre I – Champ d'application et objet de la Convention, et définitions**

##### **Article 1 – Champ d'application et objet de la Convention**

1. La présente Convention s'applique aux enfants qui n'ont pas atteint l'âge de 18 ans.

2. L'objet de la présente Convention vise à promouvoir, dans l'intérêt supérieur des enfants, leurs droits, à leur accorder des droits procéduraux et à en faciliter l'exercice en veillant à ce qu'ils puissent, eux-mêmes, ou par l'intermédiaire d'autres personnes ou organes, être informés et autorisés à participer aux procédures les intéressant devant une autorité judiciaire.

3. Aux fins de la présente Convention, les procédures intéressant les enfants devant une autorité judiciaire sont des procédures familiales, en particulier celles relatives à l'exercice des responsabilités parentales, s'agissant notamment de la résidence et du droit de visite à l'égard des enfants.

4. Tout État doit, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, désigner, par déclaration adressée au Secrétaire général du Conseil de l'Europe, au moins trois catégories de litiges familiaux devant une autorité judiciaire auxquelles la présente Convention a vocation à s'appliquer.

5. Toute Partie peut, par déclaration additionnelle, compléter la liste des catégories de litiges familiaux auxquelles la présente Convention a vocation à s'appliquer ou fournir toute information relative à l'application des articles 5, 9, paragraphe 2, 10, paragraphe 2, et 11.

6. La présente Convention n'empêche pas les Parties d'appliquer des règles plus favorables à la promotion et à l'exercice des droits des enfants.

(...)

## **Chapitre II – Mesures d’ordre procédural pour promouvoir l’exercice des droits des enfants**

### **A. Droits procéduraux d’un enfant**

#### **Article 3 – Droit d’être informé et d’exprimer son opinion dans les procédures**

Un enfant qui est considéré par le droit interne comme ayant un discernement suffisant, dans les procédures l’intéressant devant une autorité judiciaire, se voit conférer les droits suivants, dont il peut lui-même demander à bénéficier :

- a) recevoir toute information pertinente ;
- b) être consulté et exprimer son opinion ;
- c) être informé des conséquences éventuelles de la mise en pratique de son opinion et des conséquences éventuelles de toute décision.

(...)

### **B. Rôle des autorités judiciaires**

#### **Article 6 – Processus décisionnel**

Dans les procédures intéressant un enfant, l’autorité judiciaire, avant de prendre toute décision, doit :

a) examiner si elle dispose d’informations suffisantes afin de prendre une décision dans l’intérêt supérieur de celui-là et, le cas échéant, obtenir des informations supplémentaires, en particulier de la part des détenteurs de responsabilités parentales ;

b) lorsque l’enfant est considéré par le droit interne comme ayant un discernement suffisant :

- s’assurer que l’enfant a reçu toute information pertinente ;
- consulter dans les cas appropriés l’enfant personnellement, si nécessaire en privé, elle-même ou par l’intermédiaire d’autres personnes ou organes, sous une forme appropriée à son discernement, à moins que ce ne soit manifestement contraire aux intérêts supérieurs de l’enfant ;

– permettre à l’enfant d’exprimer son opinion ;

c) tenir dûment compte de l’opinion exprimée par celui-ci.

(...)

#### **Article 9 – Désignation d’un représentant**

1. Dans les procédures intéressant un enfant, lorsqu’en vertu du droit interne les détenteurs des responsabilités parentales se voient privés de la faculté de représenter l’enfant à la suite d’un conflit d’intérêts avec lui, l’autorité judiciaire a le pouvoir de désigner un représentant spécial pour celui-là dans de telles procédures.

2. Les Parties examinent la possibilité de prévoir que, dans les procédures intéressant un enfant, l’autorité judiciaire ait le pouvoir de désigner un représentant distinct, dans les cas appropriés, un avocat, pour représenter l’enfant.

### C. Rôle des représentants

#### Article 10

1. Dans le cas des procédures intéressant un enfant devant une autorité judiciaire, le représentant doit, à moins que ce ne soit manifestement contraire aux intérêts supérieurs de l'enfant :

a) fournir toute information pertinente à l'enfant, si ce dernier est considéré par le droit interne comme ayant un discernement suffisant ;

b) fournir des explications à l'enfant, si ce dernier est considéré par le droit interne comme ayant un discernement suffisant, relatives aux conséquences éventuelles de la mise en pratique de son opinion et aux conséquences éventuelles de toute action du représentant ;

c) déterminer l'opinion de l'enfant et la porter à la connaissance de l'autorité judiciaire.

2. Les Parties examinent la possibilité d'étendre les dispositions du paragraphe 1 aux détenteurs des responsabilités parentales.»

#### *2. Déclaration de la Croatie relative à l'article 1 § 4 de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants*

99. Le 6 avril 2010, lorsqu'il a déposé auprès du Secrétaire général du Conseil de l'Europe l'instrument de ratification de cette Convention, le ministre croate des Affaires étrangères a fait les déclarations suivantes (contenues dans l'instrument de ratification) :

«Conformément à l'article 1, paragraphe 4, de la Convention, la République de Croatie désigne les catégories de litiges familiaux suivantes auxquelles la Convention a vocation à s'appliquer devant ses autorités judiciaires :

- procédures relatives à la détermination de la personne chargée de la garde de l'enfant lors du divorce des parents ;
- procédures relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale ;
- mesures pour la protection des droits personnels et intérêts d'un enfant ;
- procédure d'adoption, et
- procédure relative à la tutelle des mineurs.»

(...)

### D. Lignes directrices du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants

102. Les Lignes directrices sur une justice adaptée aux enfants, qui ont été adoptées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le

17 novembre 2010 lors de la 1098<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres, se lisent ainsi en leur partie pertinente :

**« III. Principes fondamentaux**

1. Les lignes directrices s'appuient sur les principes existants consacrés par les instruments cités dans le préambule ainsi que par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

2. Ces principes sont développés de manière plus approfondie dans les parties ci-après et s'appliquent à tous les chapitres des présentes lignes directrices.

**A. Participation**

1. Le droit de chaque enfant d'être informé de ses droits, d'avoir un accès approprié à la justice, d'être consulté et entendu dans les procédures le concernant directement ou indirectement devrait être respecté. Cela inclut la prise en considération de l'avis de l'enfant, compte tenu de sa maturité et de ses éventuelles difficultés de communication, de sorte que sa participation ait un sens.

2. Les enfants devraient être considérés et traités en tant que titulaires à part entière de leurs droits et devraient être habilités à les exercer tous d'une manière qui reconnaisse leur discernement et selon les circonstances de l'espèce.

(...)

**IV. Une justice adaptée aux enfants avant, pendant et après la procédure judiciaire**

(...)

**3. Droit d'être entendu et d'exprimer son point de vue**

44. Les juges devraient respecter le droit des enfants d'être entendus dans toutes les affaires les concernant, ou à tout le moins de l'être dès lors qu'ils sont censés être capables de discernement pour ce qui est des affaires en question. Les moyens utilisés à cette fin devraient être adaptés au niveau de compréhension de l'enfant et à sa capacité à communiquer, et prendre en considération les circonstances particulières de l'espèce. Les enfants devraient être consultés sur la manière dont ils souhaitent être entendus.

45. Une place importante devrait être accordée aux points de vue et avis de l'enfant en fonction de son âge et de sa maturité.

46. Le droit d'être entendu est un droit de l'enfant, non un devoir.

47. Un enfant ne devrait pas être empêché d'être entendu du seul fait de son âge. Si un enfant prend l'initiative de se faire entendre dans une affaire le concernant directement, le juge ne devrait pas, sauf dans l'intérêt supérieur de l'enfant, refuser de l'écouter et devrait entendre ses points de vue et avis sur les questions le concernant dans l'affaire.

48. Les enfants devraient recevoir toute information nécessaire portant sur la manière d'exercer effectivement le droit d'être entendu. Toutefois, il devrait leur être expliqué que leur droit d'être entendu et de voir leur point de vue pris en considération ne détermine pas nécessairement la décision finale.

49. Les arrêts et décisions judiciaires concernant des enfants devraient être dûment motivés et leur être expliqués dans un langage compréhensible pour les enfants, en particulier les décisions pour lesquelles leurs points de vue et avis n'ont pas été suivis.»

(...)

## EN DROIT

(...)

### II. AUTRES VIOLATIONS ALLÉGUÉES DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

167. La Cour rappelle que, maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause, elle ne se considère pas comme liée par celle que leur attribuent les requérants ou les gouvernements. En vertu du principe *jura novit curia*, elle a par exemple examiné d'office plus d'un grief sous l'angle d'un article ou d'un paragraphe que n'avaient pas invoqué les parties, et même d'une clause au regard de laquelle elle l'avait déclaré irrecevable tout en le retenant sur le terrain d'une autre. Un grief se caractérise par les faits qu'il dénonce et non par les simples moyens ou arguments de droit invoqués (voir, par exemple, *Şerife Yiğit c. Turquie* [GC], n° 3976/05, § 52, 2 novembre 2010).

168. La Cour rappelle que, pendant la procédure d'attribution de la garde, divers thérapeutes et experts médicolégaux ont établi que la première requérante était une enfant traumatisée (paragraphe (...) 69 (...) ci-dessus). Elle note en outre que dans les déclarations qu'elle a faites à la police, devant divers experts cliniciens et devant les experts médicolégaux qui l'ont examinée dans le cadre de la procédure d'attribution de la garde, la première requérante a dit à plusieurs reprises qu'elle souhaitait vivre avec sa mère, c'est-à-dire la seconde requérante (paragraphe (...) et 69 ci-dessus). La Cour observe également que, dans sa dissertation scolaire du 27 octobre 2014, la première requérante a écrit qu'elle avait commencé à s'automutiler, et qu'elle a ultérieurement expliqué à un psychologue clinicien qu'elle avait fait ce geste, entre autres, parce qu'elle était « dans l'impossibilité de gérer elle-même son emploi du temps et parce qu'on lui refusait le droit de vivre avec sa mère, ce qui l'aurait rendue heureuse » et « parce qu'elle ne pouvait pas choisir avec qui vivre » (...) Selon le rapport établi par ce psychologue, la première requérante a commencé à s'automutiler sous l'effet de la frustration résultant de ces freins à sa liberté d'action (...)

169. À cet égard, la Cour rappelle que pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la « vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention (voir, entre autres, *Olsson c. Suède (n° 1)*, 24 mars 1988, § 59, série A n° 130, et *Gluhaković c. Croatie*, n° 21188/09,

§ 54, 12 avril 2011), et que la notion de «vie privée» au sens de cet article recouvre, entre autres, le droit à l'autonomie personnelle (voir, par exemple, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 61, CEDH 2002-III) et à l'intégrité physique et morale de la personne (voir, par exemple, *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, § 22, série A n° 91).

170. En particulier, dans l'affaire *Fernández Martínez c. Espagne* ([GC], n° 56030/07, § 126, CEDH 2014), concernant le droit à la vie privée et familiale, la Cour a souligné l'importance pour les individus de pouvoir décider librement de la façon de conduire leur vie privée et familiale et rappelé que l'article 8 de la Convention protégeait aussi le droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement personnel ou du point de vue du droit de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur, la notion d'autonomie personnelle reflétant un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties énoncées dans cette disposition.

171. Ce droit à l'autonomie personnelle, qui recouvre dans le cas des adultes le droit de choisir comment conduire sa vie, à condition de ne pas porter une atteinte injustifiable aux droits et libertés d'autrui, a une portée différente dans le cas des enfants. Ceux-ci, contrairement aux adultes, ne disposent pas d'une autonomie complète, mais ils sont néanmoins des sujets de droits (voir le préambule du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications [du 19 décembre 2011 entré en vigueur le 14 avril 2014] (...)). Les enfants exercent leur autonomie limitée, qui augmente progressivement à mesure qu'ils gagnent en maturité, par le biais de leur droit à être consultés et entendus. Comme le précise l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant (paragraphe 94 ci-dessus), un enfant qui est capable de discernement a le droit d'exprimer librement ses opinions et le droit de voir ces opinions dûment prises en considération, eu égard à son âge et à son degré de maturité et, en particulier, il doit se voir offrir la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant.

172. À la lumière de ce qui précède, et considérant avant toute chose l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour estime que les griefs formulés par les requérantes selon lesquels les autorités n'ont pas pris en compte le souhait de la première requérante de vivre chez sa mère et n'ont pas encore entendu la première requérante dans le cadre de la procédure d'attribution de la garde, laquelle dure selon les requérantes depuis trop longtemps (...), soulèvent concernant le droit au respect de la vie privée et familiale des questions distinctes de celles qui ont été analysées dans le contexte des articles 3 et 8 de la Convention (...), ce qui appelle de sa part un examen distinct sous l'angle de cette dernière disposition.

## A. Sur la recevabilité

173. La Cour rappelle que le Gouvernement soutient que la formulation par les requérantes de certains griefs sur le terrain de l'article 3 et/ou de l'article 8 de la Convention, à savoir ceux concernant le manquement allégué à l'obligation positive de prévenir d'autres actes de violence contre la première requérante, est prématurée, car la procédure d'attribution de la garde est toujours pendante (...) Dans le contexte de cette partie de la requête, pareil argument constitue une exception d'irrecevabilité et doit donc être examiné en tant que tel (...)

174. À cet égard, la Cour rappelle que ladite procédure d'attribution de la garde est à ce jour pendante depuis plus de quatre ans et trois mois, et elle note qu'après trois ans et demi la première requérante a commencé à s'automotiler, comportement que celle-ci a elle-même décrit comme une réaction à la frustration qu'elle éprouvait parce qu'elle n'était pas autorisée à vivre avec sa mère, la seconde requérante (...) La Cour rappelle de plus que la promptitude de la procédure interne constitue un critère à prendre en compte pour déterminer si un recours peut être jugé effectif, et donc nécessaire au sens de l'article 35 § 1 de la Convention. De fait, la durée excessive de la procédure interne peut s'analyser en une circonstance particulière de nature à dispenser les requérants de l'obligation d'épuisement des voies de recours internes à leur disposition (*Šorgić c. Serbie*, n° 34973/06, § 55, 3 novembre 2011). Cela est d'autant plus vrai dans les cas semblables au cas d'espèce, dans lequel est en cause une situation continue (très) préjudiciable à la vie privée de la première requérante (voir, *mutatis mutandis*, *X. c. Allemagne*, n° 6699/74, décision de la Commission du 15 décembre 1977, Décisions et rapports 11, pp. 16, 24). Compte tenu des circonstances particulières susmentionnées, la Cour considère qu'on ne saurait en l'espèce imposer aux requérantes d'attendre plus longtemps l'aboutissement de la procédure d'attribution de la garde.

## B. Sur le fond

(...)

### 2. *Appréciation de la Cour*

#### a) La première requérante

176. Si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il peut de surcroît engendrer des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie privée et familiale, et ces obligations peuvent impliquer l'adoption de mesures dans la sphère des relations des individus entre eux. Les enfants et autres

personnes vulnérables, en particulier, doivent bénéficier d'une protection effective (voir, par exemple, *Bevacqua et S. [c. Bulgarie]*, n° 71127/01, § 64, 12 juin 2008).

177. Concernant le droit au respect de la vie privée, ces obligations peuvent impliquer l'adoption de mesures conçues pour garantir le respect de ce droit, y compris tant la création d'un cadre réglementaire instaurant un mécanisme judiciaire et exécutoire destiné à protéger les droits des individus que la mise en œuvre, là où il convient, de mesures spécifiques (voir, par exemple, *P. et S. c. Pologne*, n° 57375/08, § 95, 30 octobre 2012).

178. Pour ce qui est du droit au respect de la vie familiale, il s'agit notamment de l'obligation faite aux autorités nationales de prendre des mesures dans le but de réunir parents et enfants et de faciliter pareille réunion. Cette obligation vaut également dans les cas de conflit entre les parents et/ou d'autres membres de la famille au sujet du droit de visite et de garde des enfants (voir, par exemple, *Glubaković*, précité, § 56).

179. La Cour rappelle que la conduite ineffective d'une procédure d'attribution du droit de garde, et en particulier si la durée en est excessive, peut s'analyser en un manquement aux obligations positives découlant de l'article 8 de la Convention (*Eberhard et M. c. Slovénie*, n°s 8673/05 et 9733/05, § 127, 1<sup>er</sup> décembre 2009, et *S.I. c. Slovénie*, n° 45082/05, § 69, 13 octobre 2011).

180. La Cour réaffirme en outre que, si l'article 8 ne renferme aucune condition explicite de procédure, le processus décisionnel doit être équitable et propre à respecter comme il se doit les intérêts protégés par cette disposition (voir, par exemple, *W. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, §§ 62 et 64, série A n° 121, et *T.P. et K.M. c. Royaume-Uni* [GC], n° 28945/95, § 72, CEDH 2001-V). En particulier, dans un certain nombre d'affaires de garde d'enfants, la Cour, cherchant à établir si les droits des parents découlant de l'article 8 avaient été méconnus, a examiné la question de savoir si ceux-ci avaient été suffisamment associés au processus décisionnel (voir, par exemple, *W. c. Royaume-Uni*, précité, §§ 62-68 et 70, *Sommerfeld c. Allemagne* [GC], n° 31871/96, §§ 66-75, CEDH 2003-VIII, et *Sabin c. Allemagne* [GC], n° 30943/96, §§ 68-78, CEDH 2003-VIII).

181. À la lumière de l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant (voir les paragraphes 94 et 97 ci-dessus, et en particulier l'Observation générale n° 12 (2009) sur le droit de l'enfant d'être entendu, § 32), la Cour estime que les mêmes principes s'appliquent *mutatis mutandis* à toute procédure judiciaire ou administrative ayant une incidence sur les droits des enfants découlant de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. En particulier, en pareil cas, on ne saurait dire que des enfants capables de discernement ont été suffisamment associés au processus

décisionnel lorsqu'il ne leur a pas été donné la possibilité d'être entendus et d'exprimer leur opinion.

182. Pour en venir au cas d'espèce, la Cour note que la procédure d'attribution de la garde est à ce jour pendante depuis plus de quatre ans et trois mois. À la lumière de sa jurisprudence (*Eberhard et M.*, précité, §§ 138-142, et *Kopf et Liberda c. Autriche*, n° 1598/06, §§ 46-49, 17 janvier 2012), la Cour estime que ce fait à lui seul suffirait pour conclure que l'État défendeur a failli à ses obligations positives découlant de l'article 8 de la Convention, et ce même si les circonstances de la présente espèce n'avaient pas nécessité une diligence supérieure à celle qui est normalement requise dans les affaires de garde d'enfants.

183. Or la présente affaire appelle effectivement une plus grande diligence, car elle concerne une enfant traumatisée qui, ne serait-ce qu'en raison de la relation conflictuelle existant entre ses parents, a connu une grande souffrance psychique l'ayant conduite à s'automutiler. Cependant, il apparaîtrait que les juridictions nationales n'aient pas perçu la gravité et l'urgence de la situation. Il apparaît en particulier qu'elles n'ont pas compris que la première requérante concevait la vie avec sa mère comme une façon d'échapper à la précarité de sa situation, et considérait la procédure d'attribution de la garde comme un moyen de parvenir à cet objectif. Les juridictions nationales ne se sont donc pas rendu compte que la prolongation de cette procédure ne faisait qu'aggraver les souffrances de la première requérante.

184. La Cour est particulièrement frappée de constater qu'après quatre ans et trois mois la première requérante n'a toujours pas été entendue dans cette procédure et n'a donc pas eu la possibilité d'indiquer avec quel parent elle souhaitait vivre. La Cour note que, dans sa décision du 15 novembre 2013, le tribunal de comté avait ordonné au tribunal municipal de déterminer si la première requérante était capable de comprendre l'importance de la procédure et, le cas échéant, de lui permettre d'exprimer son avis et recueillir son témoignage (paragraphe 77 ci-dessus), alors même que rien ne permettait de mettre en cause la présomption selon laquelle la première requérante, qui était alors âgée de douze ans, était capable de discernement et apte à exprimer librement ses opinions (voir l'Observation générale n° 12 (2009), § 20, reprise au paragraphe 97 ci-dessus). En tout état de cause, plus de un an et sept mois ont passé sans qu'aucune mesure n'ait été prise ne serait-ce qu'en vue de l'observation de ladite instruction. Et il est encore plus surprenant qu'aucune démarche n'ait été entreprise pour accélérer la procédure, même après que la première requérante a commencé à s'automutiler.

185. De plus, la Cour note que selon la jurisprudence des tribunaux croates, dans les situations dans lesquelles les deux parents sont aussi aptes l'un que l'autre à s'occuper de l'enfant et où l'enfant est, compte tenu de son âge et de sa maturité, capable de discernement et apte à exprimer ses opinions, il y a lieu de respecter le souhait de l'enfant s'agissant du parent avec lequel il entend vivre (...) La Cour ne peut que souscrire à ce principe, estimant qu'un point de vue contraire viderait de son sens la règle voulant que les opinions de l'enfant soient dûment prises en considération.

186. La Cour observe qu'en l'espèce les experts psychologues et psychiatres ont conclu que les parents de la première requérante étaient tout aussi (in)aptes l'un que l'autre à s'occuper d'elle (paragraphe 69 ci-dessus), opinion que partage visiblement le centre d'action sociale local (...) Ces experts ont également établi que la première requérante souhaitait vivement vivre avec sa mère (paragraphe 69 ci-dessus). La Cour observe par ailleurs que les deux parents résident dans la même ville, si bien qu'une modification des modalités de garde ne contraindrait pas la première requérante à changer d'établissement scolaire ou à quitter son environnement social habituel. De plus, la première requérante, qui est une excellente élève et dont les capacités intellectuelles ont été jugées bonnes, voire supérieures à la moyenne, par les experts (...), avait neuf ans et demi au début de la procédure et est aujourd'hui âgée de treize ans et demi. Compte tenu de son âge et de sa maturité, il est donc difficile d'arguer qu'elle n'est ni capable de discernement ni apte à exprimer librement ses opinions. La Cour estime donc que, dans les circonstances particulières de l'espèce, la méconnaissance du souhait exprimé par la première requérante de vivre avec sa mère s'analyse en une atteinte au droit de l'intéressée au respect de sa vie privée et familiale.

187. Eu égard à l'ensemble des considérations exposées ci-dessus, la Cour conclut en l'espèce à la violation dans le chef de la première requérante du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention.

**b) La seconde requérante**

188. La Cour estime que ses conclusions relatives à la durée importante de la procédure d'attribution de la garde (paragraphe 182 ci-dessus) valent pareillement pour la seconde requérante.

189. Elle conclut par conséquent qu'il y a eu en l'espèce violation dans le chef de la seconde requérante du droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention.

(...)

## PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Déclare*, à l'unanimité, la requête recevable quant aux griefs formulés sur le terrain de l'interdiction des mauvais traitements et du droit au respect de la vie privée et familiale, et irrecevable pour le surplus ;

(...)

5. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention dans le chef de la première requérante à raison de la durée importante de la procédure d'attribution de la garde et du fait que l'intéressée a été tenue à l'écart du processus décisionnel ;

(...)

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 3 septembre 2015, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement de la Cour.

Søren Nielsen  
Greffier

Isabelle Berro  
Présidente

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion séparée des juges Berro et Møse.

I.B.  
S.N.

(...)



BOUYID c. BELGIQUE  
*(Requête n° 23380/09)*

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 28 SEPTEMBRE 2015<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>**Gifles prétendument administrées par des policiers qui procédaient à une audition**

Toute conduite des forces de l'ordre à l'encontre d'une personne qui porte atteinte à la dignité humaine constitue une violation de l'article 3. Il en va en particulier ainsi de l'utilisation par elles de la force physique à l'égard d'un individu alors que cela n'est pas rendu strictement nécessaire par son comportement, quel que soit l'impact que cela a eu par ailleurs sur l'intéressé (paragraphe 101 de l'arrêt).

**Article 3 (volet matériel)**

*Traitement dégradant – Gifles prétendument administrées par des policiers qui procédaient à une audition – Absence de nécessité de l'utilisation d'une telle force physique – Atteinte à la dignité des personnes – Signification particulière d'une gifle – Humiliation aux propres yeux des personnes giflées – Soumission à un acte illégal par des policiers pouvant susciter un sentiment d'arbitraire, d'injustice et d'impuissance – Impact psychologique sur un mineur*

**Article 3 (volet procédural)**

*Enquête efficace – Gifles prétendument administrées par des policiers qui procédaient à une audition – Durée de l'instruction*

\*

\* \*

*En fait*

Les requérants, deux frères dont l'un mineur à l'époque des faits, ont été interrogés séparément par la police en ce qui concerne des incidents non liés. Ils allèguent tous les deux avoir été giflés une fois sur le visage par les policiers. Ils portèrent plainte et se constituèrent partie civile, mais leurs actions n'aboutirent pas.

*En droit*

## 1. Article 3 (volet matériel)

a) *Sur l'établissement des faits* – Pour bénéficier de présomptions de fait, les personnes qui se disent victimes d'une violation de l'article 3 doivent démontrer qu'elles présentent des traces de mauvais traitements alors qu'elles se trouvaient précédemment entre les mains de la police ou d'une autorité comparable.

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

Les certificats médicaux produits par les requérants, établis le jour des faits, rapidement après leur sortie du commissariat, font état entre autres d'érythèmes et de contusions susceptibles de résulter d'une gifle. En outre, il n'est pas contesté que les requérants ne présentaient pas de telles marques lorsqu'ils sont entrés dans le commissariat.

Enfin, si les policiers mis en cause ont tout au long de la procédure interne constamment nié avoir giflé les requérants, ces derniers ont affirmé le contraire avec une constance comparable. Par ailleurs, dès lors que l'instruction présente des déficiences significatives, on ne saurait déduire la véracité des déclarations desdits policiers du seul fait que l'enquête n'a pas apporté d'éléments les contredisant. Aussi, aucun élément ne vient corroborer l'hypothèse émise par le Gouvernement lors de l'audience et non devant les juridictions internes, selon laquelle les requérants se seraient eux-mêmes giflés dans le but de constituer un dossier contre la police.

Ainsi, la Cour juge suffisamment établi que les érythèmes décrits par les certificats produits par les requérants sont survenus alors qu'ils se trouvaient entre les mains de la police, au commissariat.

b) *Sur la qualification du traitement infligé aux requérants* – Le Gouvernement se contente de nier l'existence de gifles. Il ressort du reste du dossier qu'il s'agissait d'un acte impulsif, qui répondait à une attitude perçue comme étant irrespectueuse, ce qui, assurément, ne suffit pas à caractériser la nécessité de l'utilisation d'une telle force physique. En conséquence, il y a eu atteinte à la dignité des requérants et, donc, violation de l'article 3 de la Convention.

Cela étant, la Cour tient à souligner que l'infliction d'une gifle par un agent des forces de l'ordre à un individu qui se trouve entièrement sous son contrôle constitue une atteinte grave à la dignité de ce dernier.

L'impact d'une gifle sur la personne qui la reçoit est en effet considérable. En atteignant son visage, elle touche à la partie du corps qui à la fois exprime son individualité, marque son identité sociale et constitue le support des sens – le regard, la voix et l'ouïe – qui servent à communiquer avec autrui.

Sachant qu'il peut suffire que la victime soit humiliée à ses propres yeux pour qu'il y ait traitement dégradant au sens de l'article 3, une gifle – même isolée, non préméditée et dénuée d'effet grave ou durable sur la personne qui la reçoit – peut être perçue comme une humiliation par celle-ci.

Lorsqu'elle est infligée par des agents des forces de l'ordre à des personnes qui se trouvent sous leur contrôle, la gifle souligne leur rapport de supériorité-infériorité. Le fait pour les victimes de savoir qu'un tel acte est illégal, qu'il constitue un manquement déontologique et professionnel de la part de ces agents et qu'il est inacceptable peut en outre susciter en elles un sentiment d'arbitraire, d'injustice et d'impuissance.

Par ailleurs, les personnes placées en garde à vue ou même simplement conduites ou convoquées dans un commissariat pour un contrôle d'identité ou pour un interrogatoire – tels les requérants –, et plus largement les personnes qui se trouvent entre

les mains de la police ou d'une autorité comparable, sont en situation de vulnérabilité. Les autorités qui ont le devoir de les protéger méconnaissent ce devoir en leur infligeant l'humiliation d'une gifle.

Le cas échéant, le fait que la gifle ait pu être infligée inconsidérément par un agent excédé par le comportement irrespectueux ou provocateur de la victime est à cet égard dénué de pertinence. La Grande Chambre ne partage donc pas l'approche de la chambre sur ce point. La Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines et traitements inhumains ou dégradants, quel que soit le comportement de la personne concernée. Dans une société démocratique, les mauvais traitements ne constituent jamais une réponse adéquate aux problèmes auxquels les autorités sont confrontées. Spécialement en ce qui concerne la police, celle-ci « ne doit infliger, encourager ou tolérer aucun acte de torture, aucun traitement ou peine inhumains ou dégradants, dans quelque circonstance que ce soit » (Code européen d'éthique de la police). Par ailleurs, l'article 3 de la Convention met à la charge des États parties l'obligation positive de former les agents de maintien de l'ordre de manière à garantir un degré élevé de compétence quant à leur comportement professionnel, afin que personne ne soit soumis à un traitement contraire à cette disposition.

Enfin, le premier requérant était mineur au moment des faits. Il est essentiel que, lorsque dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions les agents des forces de l'ordre sont en contact avec des mineurs, ils prennent dûment compte de la vulnérabilité inhérente au jeune âge de ces derniers. Un comportement de leur part à l'égard de mineurs peut, du seul fait qu'il s'agit de mineurs, être incompatible avec les exigences de l'article 3 de la Convention alors même qu'il pourrait passer pour acceptable s'il visait des adultes. Ainsi, lorsqu'ils ont affaire à des mineurs, les agents des forces de l'ordre doivent faire preuve d'une vigilance et d'une maîtrise de soi renforcées.

En conclusion, la gifle assénée aux requérants par des agents de police alors qu'ils se trouvaient sous leur contrôle dans le commissariat, laquelle ne correspondait pas à une utilisation de la force physique rendue strictement nécessaire par leur comportement, a porté atteinte à leur dignité.

Les requérants ne faisant état que de lésions corporelles légères et ne démontrant pas avoir enduré de vives souffrances physiques ou mentales, ce traitement ne peut être qualifié ni d'inhumain ni, *a fortiori*, de torture. La Cour retient en conséquence qu'il y a eu traitement dégradant en l'espèce.

*Conclusion*: violation (quatorze voix contre trois).

2. Article 3 (volet procédural): les juridictions d'instruction n'ont pas accordé toute l'attention requise aux allégations des requérants, pourtant étayées par les certificats médicaux qu'ils avaient versés au dossier, et à la nature de l'acte qui consiste pour un membre des forces de l'ordre à gifler une personne qui est entièrement livrée à lui. Aussi, l'instruction a été marquée par sa durée singulière. Presque cinq ans se sont ainsi écoulés entre la plainte du premier requérant et l'arrêt de cassation

marquant la fin de l'instruction, et plus de quatre ans et huit mois dans le cas du second requérant. Ainsi les requérants n'ont pas bénéficié d'une enquête effective.

*Conclusion*: violation (unanimité).

Article 41: 5 000 euros à chacun des requérants pour préjudice moral.

### Jurisprudence citée par la Cour

- Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI  
*Asiatiques d'Afrique orientale c. Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 4403/70 et 30 autres, rapport de la Commission du 14 décembre 1973, Décisions et rapports 78-B  
*Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, *Recueil* 1996-V  
*C.R. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, série A n<sup>o</sup> 335-C  
*Cobzaru c. Roumanie*, n<sup>o</sup> 48254/99, 26 juillet 2007  
*Darraj c. France*, n<sup>o</sup> 34588/07, 4 novembre 2010  
*Davydov et autres c. Ukraine*, n<sup>os</sup> 17674/02 et 39081/02, 1<sup>er</sup> juillet 2010  
*Denissenko et Bogdantchikov c. Russie*, n<sup>o</sup> 3811/02, 12 février 2009  
*Egmez c. Chypre*, n<sup>o</sup> 30873/96, CEDH 2000-XII  
*El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], n<sup>o</sup> 39630/09, CEDH 2012  
*Gäfgen c. Allemagne* [GC], n<sup>o</sup> 22978/05, CEDH 2010  
*Géorgie c. Russie (I)* [GC], n<sup>o</sup> 13255/07, CEDH 2014  
*Georgiy Bykov c. Russie*, n<sup>o</sup> 24271/03, 14 octobre 2010  
*Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, série A n<sup>o</sup> 25  
*Iurcu c. République de Moldova*, n<sup>o</sup> 33759/10, 9 avril 2013  
*Jalloh c. Allemagne* [GC], n<sup>o</sup> 54810/00, CEDH 2006-IX  
*Krastanov c. Bulgarie*, n<sup>o</sup> 50222/99, 30 septembre 2004  
*Kudła c. Pologne* [GC], n<sup>o</sup> 30210/96, CEDH 2000-XI  
*Labita c. Italie* [GC], n<sup>o</sup> 26772/95, CEDH 2000-IV  
*M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n<sup>o</sup> 30696/09, CEDH 2011  
*McKerr c. Royaume Uni* (déc.), n<sup>o</sup> 28883/95, 4 avril 2000  
*McKerr c. Royaume-Uni*, n<sup>o</sup> 28883/95, CEDH 2001-III  
*Mete et autres c. Turquie*, n<sup>o</sup> 294/08, 4 octobre 2011  
*Mocanu et autres c. Roumanie* [GC], n<sup>os</sup> 10865/09 et 2 autres, CEDH 2014  
*Okkali c. Turquie*, n<sup>o</sup> 52067/99, CEDH 2006-XII  
*Petyo Petkov c. Bulgarie*, n<sup>o</sup> 32130/03, 7 janvier 2010  
*Pretty c. Royaume-Uni*, n<sup>o</sup> 2346/02, CEDH 2002-III  
*Ramirez Sanchez c. France* [GC], n<sup>o</sup> 59450/00, CEDH 2006-IX  
*Ribitsch c. Autriche*, 4 décembre 1995, série A n<sup>o</sup> 336  
*Rivas c. France*, n<sup>o</sup> 59584/00, 1<sup>er</sup> avril 2004  
*S.A.S. c. France* [GC] n<sup>o</sup> 43835/11, CEDH 2014  
*S.W. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, série A n<sup>o</sup> 335-B  
*Salman c. Turquie* [GC], n<sup>o</sup> 21986/93, CEDH 2000-VII  
*Samüt Karabulut c. Turquie*, n<sup>o</sup> 16999/04, 27 janvier 2009

*Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, CEDH 1999-V  
*Svinarenko et Slyadnev c. Russie* [GC], n°s 32541/08 et 43441/08, CEDH 2014  
*Turan Cakir c. Belgique*, n° 44256/06, 10 mars 2009  
*Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, série A n° 26  
*V. c. Royaume-Uni* [GC], n° 24888/94, CEDH 1999-IX  
*Valašinas c. Lituanie*, n° 44558/98, CEDH 2001-VIII  
*Vasyukov Russie*, n° 2974/05, 5 avril 2011  
*Yankov c. Bulgarie*, n° 39084/97, CEDH 2003-XII  
*Yazgül Yılmaz c. Turquie*, n° 36369/06, 1<sup>er</sup> février 2011



**En l'affaire Bouyid c. Belgique,**

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

Dean Spielmann, *président*,  
Guido Raimondi,  
Isabelle Berro,  
Alvina Gyulumyan,  
Ledi Bianku,  
Nona Tsotsoria,  
Nebojša Vučinić,  
Vincent A. De Gaetano,  
Paulo Pinto de Albuquerque,  
Erik Møse,  
Helen Keller,  
Paul Lemmens,  
Paul Mahoney,  
Krzysztof Wojtyczek,  
Faris Vehabović,  
Egidijus Kūris,  
Iulia Antoanella Motoc, *juges*,

et de Johan Callewaert, *greffier adjoint de la Grande Chambre*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 8 octobre 2014 et le 24 juin 2015,

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

**PROCÉDURE**

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 23380/09) dirigée contre le Royaume de Belgique et dont deux ressortissants de cet État, M. Saïd Bouyid (« le premier requérant ») et M. Mohamed Bouyid (« le second requérant »), ont saisi la Cour le 28 avril 2009 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants sont représentés par M<sup>e</sup> C. Marchand et M<sup>e</sup> Z. Chihaoui, avocats à Bruxelles. Le gouvernement belge (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M. M. Tysebaert, conseiller général, service public fédéral de la Justice.

3. Alléguant en particulier avoir chacun reçu une gifle d'un agent de police alors qu'ils se trouvaient dans un commissariat, les requérants

dénonçaient notamment un traitement dégradant et se disaient victimes d'une violation de l'article 3.

4. La requête a été attribuée à la cinquième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Par un arrêt rendu le 21 novembre 2013, une chambre de cette section a déclaré la requête recevable quant au grief tiré de l'article 3 de la Convention et irrecevable pour le surplus, et a conclu à l'unanimité à la non-violation de cette disposition. Cette chambre était composée de Mark Villiger, président, Ann Power-Forde, Ganna Yudkivska, André Potocki, Paul Lemmens, Helena Jäderblom et Aleš Pejchal, juges, ainsi que de Stephen Phillips, greffier adjoint de section. Le 24 janvier 2014, en vertu de l'article 43 de la Convention, les requérants ont demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre. Le collège de la Grande Chambre a fait droit à cette demande le 24 mars 2014.

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

6. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé des observations écrites complémentaires sur le fond (article 59 § 1 du règlement).

7. L'organisation non gouvernementale REDRESS et le Centre des droits de l'homme de l'université de Gand se sont vu accorder l'autorisation d'intervenir dans la procédure écrite (article 36 § 2 de la Convention et article 44 § 3 du règlement).

8. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 8 octobre 2014 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M<sup>me</sup> I. NIEDLISPACHER,

*co-agent;*

– *pour les requérants*

M<sup>es</sup> C. MARCHAND, avocat,

Z. CHIHAOUI,

*conseils.*

La Cour a entendu en leurs déclarations M<sup>e</sup> Marchand, M<sup>e</sup> Chihaoui et M<sup>me</sup> Niedlispacher, ainsi que M<sup>e</sup> Marchand et M<sup>me</sup> Niedlispacher en leurs réponses aux questions posées par les juges.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Nés respectivement en 1986 et 1979, les requérants résident à Saint-Josse-ten-Noode (arrondissement de Bruxelles-Capitale).

10. Les requérants sont frères. Ils habitaient avec leurs parents, leur frère et leurs deux sœurs à côté du commissariat de la police locale de Saint-Josse-ten-Noode. Ils se plaignent tous deux d'avoir été giflés par des agents de police – ce que conteste le Gouvernement –, l'un le 8 décembre 2003, l'autre le 23 février 2004, et soulignent que ces événements se sont produits dans le contexte de relations tendues entre leur famille et certains membres du commissariat.

#### **A. Les événements du 8 décembre 2003 et du 23 février 2004**

##### *1. Les événements du 8 décembre 2003*

11. Les requérants indiquent que le 8 décembre 2003, vers 16 heures, alors que le premier d'entre eux se trouvait avec un ami dans la rue, devant la porte de l'immeuble dans lequel il habitait avec sa famille et, qu'ayant oublié ses clés, il sonnait afin que ses parents lui ouvrent, un policier en civil, A.Z., lui avait demandé de présenter sa carte d'identité. Le premier requérant n'aurait pas obtempéré et aurait demandé à l'agent de justifier sa qualité. Ce dernier l'aurait alors empoigné par la veste – la déchirant – et l'aurait conduit au commissariat. Le premier requérant aurait été installé dans une salle, où il serait resté seul avec l'agent A.Z. qui lui aurait donné une gifle alors qu'il protestait contre son arrestation.

12. Les requérants produisent un certificat établi le même jour à 19 h 20 par un médecin généraliste qui constate que le premier d'entre eux était « en état de choc » et présentait les lésions suivantes : un « érythème au niveau de la joue gauche (en voie de disparition) » et un « érythème au niveau [du] conduit auditif externe gauche ».

13. Le Gouvernement indique de son côté que, du fait du refus du premier requérant de montrer sa carte d'identité, l'agent A.Z. n'avait pas d'autre choix que de le conduire au commissariat pour procéder à son identification. Le premier requérant y aurait alors fait un scandale en se déclarant victime d'une injustice et d'un contrôle abusif et aurait insulté un agent qui lui disait de se calmer. Il aurait été autorisé à quitter le commissariat une fois son identité vérifiée et après avoir été informé par A.Z. qu'un procès-verbal allait être rédigé en vue de le mettre en cause pour outrage, menaces verbales et rébellion. Il serait retourné au commissariat quelques minutes plus tard avec ses parents, accusant A.Z. de l'avoir frappé, ce que ce dernier aurait toujours démenti.

14. A.Z. déposa plainte contre le premier requérant à 18 heures, pour outrage, menaces verbales et rébellion. Il ressort notamment du procès-verbal établi à cette occasion que A.Z. a avisé sa hiérarchie des faits à 17 h 30, ainsi qu'un certain commissaire K.

## 2. *Les événements du 23 février 2004*

15. Les requérants indiquent que, le 23 février 2004, entre 9 h 44 et 10 h 20 (cela ressort du procès-verbal d'audition de l'intéressé), alors que le second d'entre eux se trouvait au commissariat de Saint-Josse-ten-Noode et que l'agent P.P. procédait à son audition à propos d'une altercation dans laquelle sa mère et lui avaient été impliqués avec un tiers (et qui avait conduit au dépôt d'une plainte par ce dernier), P.P. lui avait donné une gifle après lui avoir demandé de ne pas s'accouder sur son bureau. Il l'aurait ensuite contraint à signer le procès-verbal en le menaçant de le placer au cachot.

16. Les requérants produisent un certificat médical établi le même jour à leur domicile par un médecin généraliste qui constate une « contusion [à la] joue gauche » du second d'entre eux. Le certificat ne précise pas l'heure à laquelle il a été dressé. Il est cependant avéré qu'il est antérieur à 11 h 20, heure à laquelle il a été produit devant le Comité permanent de contrôle des services de police (Comité P) (paragraphe 25 ci-dessous).

17. Le Gouvernement expose de son côté que le second requérant s'était montré très arrogant durant son audition : affalé sur sa chaise, il s'appuyait nonchalamment sur le bureau de P.P., rigolait sans raison et répondait laconiquement aux questions qui lui étaient posées. Il aurait de plus fait plusieurs fois modifier le procès-verbal en affirmant que les policiers étaient payés pour ça et aurait menacé les policiers en partant en criant qu'ils auraient de ses nouvelles. Il souligne que, nonobstant l'attitude du second requérant, qui cherchait manifestement le conflit, P.P. avait su faire preuve de calme et de patience.

### **B. Le contexte dans lequel s'inscrivent ces événements**

18. Selon les requérants, leur famille fait l'objet d'un harcèlement de la part de membres de la police de Saint-Josse-ten-Noode. Ils indiquent que les problèmes ont commencé en 1999, lorsque l'un d'eux suspecta leur frère N. d'avoir volontairement rayé sa voiture ; par la suite, ce dernier avait été accusé d'avoir menacé ce même agent et d'avoir commis des vols avec violence, faits dont il avait été acquitté par un jugement du tribunal de la jeunesse de Bruxelles du 21 avril 2000. Selon les requérants, cette affaire était montée de toutes pièces à titre de représailles par des membres de la police de Saint-Josse-ten-Noode.

19. Ils ajoutent que, le 24 juin 1999, le premier requérant, alors âgé de treize ans, « [avait fait] l'objet de coups » de la part d'un autre policier, alors qu'il se trouvait dans le commissariat où il avait été conduit à la suite d'une bagarre sur la voie publique. Il aurait eu le tympan perforé. Leur mère

et l'une de leurs sœurs, qui se trouvaient pendant ce temps dans la salle d'attente, auraient été secouées et molestées par des policiers.

20. Le 25 novembre 1999, l'une de leurs sœurs aurait fait l'objet dans la rue d'une agression verbale de la part d'un policier de Saint-Josse-ten-Noode et, le 11 mars 2000, leur frère N. aurait été fouillé, bousculé et verbalement agressé par des agents de police.

21. Ils indiquent ensuite qu'au cours de l'année 2000, un « dossier diligenté par la police de Saint-Josse-ten-Noode avait été ouvert contre N. auprès d'un juge d'instruction », lequel s'était soldé par un non-lieu. Cette même année, le deuxième d'entre eux aurait été « signalé aux fins d'audition » et, alors que la police de Saint-Josse-ten-Noode avait annoncé le 23 juillet 2002 que sa « désignation » était en cours, il lui aurait fallu effectuer de nombreuses démarches auprès du procureur du Roi et attendre mars 2005 pour qu'il en aille de la sorte, ce qui aurait été source de multiples désagréments.

22. Le 6 avril 2001 et le 12 juillet 2001 respectivement, leur frère N. et le second d'entre eux auraient fait l'objet d'agressions verbales de la part d'agents de Saint-Josse-ten-Noode.

23. Les requérants précisent qu'ils ont systématiquement rendu compte aux autorités judiciaires ou policières des incidents dont ils ont été victimes et ont déposé des plaintes.

### **C. Les plaintes relatives aux événements du 8 décembre 2003 et du 23 février 2004, la constitution de partie civile, l'instruction et le non-lieu**

24. Le 9 décembre 2003 à 9 h 42, le premier requérant déposa plainte auprès du Comité P. Il fut entendu par un membre du service d'enquêtes. Une copie du certificat médical établi la veille fut annexée au procès-verbal initial.

25. Le second requérant fit de même le 23 février 2004 à 11 h 20. Il indiqua en particulier qu'il considérait que « l'attitude générale de la police de Saint-Josse-ten-Noode vis-à-vis de [sa] famille [devenait] proprement intolérable et excessive au point [qu'ils songeaient] à déménager ». Une copie du certificat médical établi le même jour fut annexée au procès-verbal initial.

26. La mère des requérants fut également entendue le 23 février 2004 par le service d'enquêtes du Comité P à propos des faits dénoncés par le second requérant. Elle indiqua notamment que, dès leur retour au domicile familial, elle avait appelé un certain commissaire K. (paragraphe 14 ci-dessus) afin qu'il convainque P.P. de présenter des excuses. Le commissaire K. serait immédiatement venu chez eux, où il se serait trouvé au même

moment que le médecin qui a établi le certificat médical. La mère des requérants déposa également plainte, indiquant par ailleurs avoir elle-même été traitée avec peu d'égard par l'agent P.P.

27. Le 5 mai 2004, l'agent P.P. fut entendu par le directeur du contrôle interne de la police locale sur les faits dénoncés par le second requérant et sa mère. Il déclara notamment que le second requérant avait eu à son égard une attitude particulièrement irrespectueuse lorsqu'il avait procédé à son audition et que, s'il l'avait empoigné par le bras pour le faire sortir de son bureau, il ne l'avait pas giflé.

28. Le 17 juin 2004, les requérants se constituèrent partie civile des chefs de harcèlement, atteinte arbitraire à des libertés fondamentales, abus d'autorité, arrestation arbitraire et coups et blessures volontaires. Ils donnèrent un aperçu de l'ensemble de leurs difficultés avec la police de Saint-Josse-ten-Noode, et déclarèrent explicitement se constituer partie civile pour les événements du 8 décembre 2003 et du 23 février 2004.

29. Les agents A.Z. et P.P. furent inculpés d'avoir, à l'occasion de leurs fonctions, usé de violences envers des personnes et, notamment, fait volontairement des blessures ou porté des coups et pour avoir exécuté des actes arbitraires et attentatoires aux libertés et aux droits garantis par la Constitution.

30. Le 26 juin 2004, un juge d'instruction du tribunal de première instance de Bruxelles émit une apostille à l'attention du service d'enquêtes du Comité P, l'invitant à prendre connaissance de la constitution de partie civile des requérants, à entendre ceux-ci pour leur faire préciser les éléments de leur plainte, à réaliser un rapport sur le comportement de la famille Bouyid, à dresser la liste des dossiers ouverts à sa charge et des plaintes déposées par elle et à préciser les suites données à ceux-ci.

31. Eu égard au fait qu'il avait déjà entendu les requérants lors du dépôt de leurs plaintes respectives (paragraphe 24-25 ci-dessus), le service d'enquêtes du Comité P ne procéda pas à une nouvelle audition des intéressés. Il adressa le 26 juillet 2004 au juge d'instruction un procès-verbal subséquent qui, se fondant sur des documents transmis par le service de contrôle interne de la zone de police incluant Saint-Josse-ten-Noode, décrit l'évolution des relations entre la famille des requérants et la police de cette commune. Le procès-verbal fait ensuite le compte des dossiers à charge de membres de la famille, notant à cet égard que le premier requérant avait été mis en cause dans un dossier ouvert en décembre 2003 pour outrage, menaces et rébellion, et N. dans sept dossiers, ouverts entre octobre 1997 et juin 1999. Il relève ensuite qu'outre les plaintes des requérants dont il est question en l'espèce, trois plaintes judiciaires avaient été déposées par des membres de leur famille (deux devant le Comité P, en

juin 1999 et en juillet 2001, et une devant la « section jeunesse » en 1999) et deux plaintes avaient été traitées par le service de contrôle interne de la zone de police dont dépend Saint-Josse-ten-Noode. Enfin, reprenant un procès-verbal établi dans le cadre du dossier ouvert contre le premier requérant ainsi que les éléments révélés par les enquêtes administratives, il relève le caractère problématique des relations entre la police locale et la famille Bouyid, met en exergue « le comportement général » de cette dernière et souligne ceci :

« En synthèse et selon les policiers, la famille Bouyid (surtout les femmes et la mère en particulier) refuserait toute mise en cause des enfants de la famille à l'occasion des exactions commises. Ceux-ci seraient ainsi confortés dans leur comportement par cette attitude protectrice. Plus généralement, les membres de la famille adopteraient une attitude agressive et provocante vis-à-vis des forces de l'ordre.

Suite aux incidents avec le policier [B.], une assistante de concertation aurait échoué dans une tentative de conciliation suite à l'attitude intransigeante des femmes de la famille Bouyid.

En 1999 et 2000, la situation nécessita la désignation d'un aspirant officier de police comme médiateur auprès de cette famille. »

32. Le 3 août 2004, le juge d'instruction prit une ordonnance de soit-communicé et transmit le dossier au parquet.

33. Le 16 novembre 2004, l'agent A.Z. fut entendu par un officier du service d'enquêtes du Comité P à propos des événements du 8 décembre 2003. Il déclara notamment qu'il ne connaissait pas le premier requérant lorsque, ce jour-là, il l'a conduit au commissariat de Saint-Josse-ten-Noode.

34. Par un réquisitoire du 10 novembre 2005, le procureur du Roi requit le non-lieu au motif que « l'instruction ne permet[tait] pas d'établir que les faits présent[ai]ent un crime, un délit ou une contravention et ne fourn[iss]ait aucun indice justifiant l'accomplissement de nouveaux devoirs ».

35. Les requérants furent informés que le règlement de la procédure aurait lieu devant la chambre du conseil du tribunal de première instance de Bruxelles le 2 mars 2006. Le 1<sup>er</sup> mars 2006, ils adressèrent au juge d'instruction une requête en vue de l'accomplissement de vingt actes d'instruction complémentaires. Cette demande entraîna l'ajournement *sine die* de l'affaire devant la chambre du conseil.

36. Le 7 mars 2006, le juge d'instruction ordonna deux des mesures requises et rejeta le reste de la demande aux motifs que les actes requis concernaient des faits antérieurs aux faits dont il était saisi et que les devoirs sollicités n'étaient pas nécessaires à la manifestation de la vérité. En conséquence, récapitulant tous leurs griefs à l'encontre de la police de Saint-Josse-ten-Noode, les requérants et d'autres membres de la famille adressèrent au

juge d'instruction une demande d'«extension de partie civile», laquelle fut toutefois rejetée. Les deux devoirs complémentaires furent exécutés le 25 avril, le 15 mai et le 24 mai 2006.

37. Par une ordonnance du 27 novembre 2007, la chambre du conseil, adoptant les motifs du réquisitoire, dit n'y avoir lieu à poursuivre.

38. Les requérants interjetèrent appel de cette ordonnance.

39. Par un réquisitoire du 3 décembre 2007, le procureur général requit la confirmation de l'ordonnance entreprise.

40. Le 5 février 2008, les requérants et d'autres membres de leur famille se constituèrent partie civile pour l'ensemble des faits dont le juge d'instruction avait estimé ne pas être saisi (paragraphe 43-44 ci-dessous).

41. Le 9 avril 2008, la chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Bruxelles, après avoir refusé de joindre le dossier relatif aux événements du 8 décembre 2003 et du 23 février 2004 à celui qui avait été ouvert à la suite de la constitution de partie civile du 5 février 2008, confirma l'ordonnance par un arrêt ainsi rédigé :

«(...)

Attendu que les faits de la cause peuvent se résumer comme suit :

– le 8 décembre 2003, l'inculpé [A.Z.] aurait eu un comportement policier illégal à l'égard de la partie civile Bouyid Saïd que celle-ci décrit comme suit : lors d'un contrôle devant son domicile, le policier [A.Z.] l'aurait attrapée par sa veste qu'il déchira ; elle fut ensuite entraînée vers le commissariat tout proche où elle aurait été giflée de la main droite par ce policier ;

– le 23 février 2004, l'inculpé [P.P.] aurait eu un comportement policier illégal à l'égard de la partie civile Bouyid Mohamed que celle-ci décrit comme suit : alors qu'elle avait arrêté son véhicule devant son domicile, afin de permettre à sa mère de décharger les courses, elle eut une altercation avec le conducteur du véhicule qui suivait ; elle fut convoquée au commissariat de police suite à la plainte qui aurait été déposée par ce dernier ; lors de l'entretien, Bouyid Mohamed aurait été giflé par l'inculpé [P.P.] (voir l'attestation médicale du Docteur (...)) et menacé par lui de le mettre au cachot s'il ne signait pas sa déclaration qu'il souhaitait cependant modifier ;

– depuis mars 1999, la famille Bouyid connaîtrait d'énormes difficultés avec certains membres de la police de Saint-Josse-ten-Noode, date à laquelle l'agent de police [B.] soupçonne Bouyid [N.] d'avoir griffé sa voiture, ce qui fit naître une certaine tension et un acharnement de la part de la police à l'égard de cette famille ;

– il existerait une provocation constante de la part de la police de Saint-Josse-ten-Noode rendant la vie de la famille Bouyid insupportable ;

Attendu que tant le service de contrôle interne de la police de la zone de police [concernée] que le service d'enquêtes du Comité P ont mené une enquête approfondie en rapport avec les faits dénoncés par les parties civiles ;

Qu'il résulte de l'ensemble des éléments de l'instruction, et notamment des déclarations divergentes des parties en cause, qu'il n'existe aucune charge à l'égard des inculpés de nature à justifier leur renvoi du chef des préventions libellées au réquisitoire du procureur général, à la période infractionnelle retenue;

Que les déclarations des inculpés, qui nient les faits qui leur sont reprochés, sont cohérentes; qu'il peut, à cet égard, être fait référence au rapport détaillé concernant le comportement général de la famille des parties civiles rédigé par le Comité P, qui donne des éclaircissements quant au contexte général de cette affaire;

Attendu que les parties civiles n'apportent devant la cour, chambre des mises en accusation, aucun élément nouveau, pertinent et convaincant qui n'aurait pas été porté à la connaissance du premier juge, susceptible de révéler l'existence de la moindre charge dans le chef des inculpés justifiant leur renvoi devant la juridiction de fond;

Que l'instruction n'a pas davantage mis en évidence suffisamment d'éléments constitutifs d'une infraction pénale qui aurait été commise par les inculpés à l'occasion des faits qui leur sont reprochés;

Attendu, en outre, qu'il n'apparaît pas du dossier que les dispositions de l'article 37 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police n'ont pas été respectées;

Que, comme le souligne tant le réquisitoire du procureur du Roi du 10 novembre 2005 que celui du procureur général, ainsi que l'ordonnance de la chambre du conseil, les faits de la cause ne présentent en l'espèce ni crime, ni délit, ni contravention;

(...)»

42. Le pourvoi formé par les requérants – sur le fondement notamment des articles 3, 6 et 13 de la Convention – fut rejeté le 29 octobre 2008 par la Cour de cassation.

#### **D. La constitution de partie civile relative aux événements antérieurs à ceux du 8 décembre 2003 et du 23 février 2004**

43. Le 5 février 2008, six membres de la famille Bouyid, dont les deux requérants, s'étaient constitués partie civile devant un juge d'instruction du tribunal de première instance de Bruxelles au sujet de l'ensemble des faits qu'ils reprochaient à des agents de police de Saint-Josse-ten-Noode, en particulier les faits antérieurs aux événements du 8 décembre 2003 et du 23 février 2004.

44. Cette constitution de partie civile donna lieu à la comparution de six policiers devant le tribunal de première instance de Bruxelles, siégeant au fond. Par un jugement du 30 mai 2012, le tribunal déclara l'action publique éteinte par prescription. Il ne ressort pas du dossier qu'il aurait été interjeté appel de ce jugement.

## II. TEXTES, INSTRUMENTS ET DOCUMENTS INTERNATIONAUX

### A. La notion de dignité

45. Le préambule de la Charte des Nations unies du 26 juin 1945 affirme la résolution des peuples des Nations unies à, notamment, « proclamer à nouveau [leur] foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites ». La notion de dignité apparaît aussi dans la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, dont le préambule énonce que « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde », et dont l'article premier dispose que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ».

46. De nombreux textes et instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme postérieurs font référence à cette notion, dont :

– la Déclaration des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 20 novembre 1963, qui « affirme solennellement la nécessité d'éliminer rapidement toutes les formes et toutes les manifestations de discrimination raciale dans toutes les parties du monde et d'assurer la compréhension et le respect de la dignité de la personne humaine », ainsi que la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 (ratifiée par la Belgique), dont le préambule renvoie à cette déclaration ;

– le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 (ratifiés par la Belgique), dont le préambule énonce que les droits égaux et inaliénables de tous les membres de la famille humaine « découlent de la dignité inhérente à la personne humaine », l'article 10 du premier prévoyant en outre que « toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine » et l'article 13 du second que « les États parties (...) reconnaissent le droit de toute personne à l'éducation [et] conviennent que l'éducation doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et du sens de sa dignité et renforcer le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales (...) » ;

– la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 (ratifiée par la Belgique), dont le préambule rappelle en particulier que la discrimination envers les femmes viole notamment « les principes de l'égalité des droits et du respect de la dignité humaine » ;

– la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, du 10 décembre 1984 (ratifiée par la Belgique), dont le préambule souligne que les « droits égaux et inaliénables de tous les membres de la famille humaine (...) procèdent de la dignité inhérente à la personne humaine »;

– la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (ratifiée par la Belgique), dont le préambule indique « qu'il importe de préparer pleinement l'enfant à avoir une vie individuelle dans la société, et de l'élever dans l'esprit des idéaux proclamés dans la Charte des Nations unies, et en particulier dans un esprit de paix, de dignité, de tolérance, de liberté, d'égalité et de solidarité » (voir aussi les articles 23 § 1, 28 § 2, 37, 39 et 40 § 1);

– la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (articles 19 § 2 et 24 § 5 c) (ratifiée par la Belgique);

– la Convention relative aux droits des personnes handicapées (ratifiée par la Belgique), dont le préambule souligne que « toute discrimination fondée sur le handicap est une négation de la dignité et de la valeur inhérentes à la personne humaine », dont l'objet est notamment de promouvoir le respect de la « dignité intrinsèque » des personnes handicapées (article premier), respect qui en constitue aussi l'un des principes généraux (article 3 a) (voir aussi les articles 8 § 1 a), 16 § 4, 24 § 1 et 25);

– le Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort du 15 décembre 1989 (ratifié par la Belgique), dont le préambule exprime la conviction que « l'abolition de la peine de mort contribue à promouvoir la dignité humaine et le développement progressif des droits de l'homme »;

– le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications du 19 décembre 2011 (ratifié par la Belgique), dont le préambule réaffirme notamment « le statut de l'enfant en tant que sujet de droits et en tant qu'être humain dont la dignité doit être reconnue et dont les capacités évoluent »;

– le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 10 décembre 2008 (ratifié par la Belgique) et le Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 6 octobre 1999 (ratifié par la Belgique).

47. Plusieurs textes et instruments régionaux relatifs aux droits de l'homme font également référence à la notion de dignité. Il en va en particulier ainsi de :

– la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969 (articles 5 § 2, 6 § 2 et 11 § 1);

– l’Acte final de la conférence d’Helsinki sur la sécurité et la coopération en Europe du 1<sup>er</sup> août 1975, qui précise que les États « favorisent et encouragent l’exercice effectif des libertés et droits civils, politiques, économiques, sociaux, culturels et autres qui découlent tous de la dignité inhérente à la personne humaine et qui sont essentiels à son épanouissement libre et intégral » (principe VII) ;

– la Charte africaine des droits de l’homme et des peuples du 27 juin 1981, dont l’article 5 énonce notamment que « tout individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa personnalité juridique » ;

– la Convention pour la protection des droits de l’homme et de la dignité de l’être humain à l’égard des applications de la biologie et de la médecine du 4 avril 1997 (que la Belgique n’a pas signée), dont, notamment, le préambule affirme « la nécessité de respecter l’être humain à la fois comme individu et dans son appartenance à l’espèce humaine et (...) l’importance d’assurer sa dignité » ;

– la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne du 7 décembre 2000, dont le préambule affirme le fait que, « consciente de son patrimoine spirituel et moral, l’Union se fonde [notamment] sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d’égalité et de solidarité », et dont l’article premier affirme que « la dignité humaine est inviolable [et] doit être respectée et protégée » (voir aussi l’article 31 relatif aux conditions de travail justes et équitables) ;

– le Protocole n° 13 à la Convention relatif à l’abolition de la peine de mort en toutes circonstances du 3 mai 2002 (ratifié par la Belgique), dont le préambule souligne que l’abolition de la peine de mort est essentielle à la protection du droit de toute personne à la vie et à la pleine reconnaissance de la « dignité inhérente à tous les êtres humains » ;

– la Convention du Conseil de l’Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains du 16 mai 2005 (ratifiée par la Belgique), dont le préambule souligne que « la traite des êtres humains constitue une violation des droits de la personne humaine et une atteinte à la dignité et à l’intégrité de l’être humain » (voir aussi les articles 6 et 16).

## **B. Documents du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT)**

48. Dans un document intitulé Normes du CPT (CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2015), le CPT indique ce qui suit :

« 97. Gardant à l’esprit son mandat préventif, le CPT a pour priorité, pendant ses visites, de chercher à établir si les mineurs privés de liberté ont subi des mauvais

traitements. Malheureusement, les mauvais traitements infligés délibérément par des responsables des forces de l'ordre sur des mineurs n'ont d'aucune façon été éradiqués et demeurent une véritable préoccupation dans certains pays européens. Les délégations du CPT continuent de recevoir des allégations crédibles de mineurs arrêtés ayant été maltraités. Les allégations portent souvent sur des coups de pied, des gifles, des coups de poing ou de matraque infligés au moment de l'arrestation (même une fois que le mineur a été maîtrisé), pendant le transport ou lors de l'interrogatoire ultérieur dans les locaux des forces de l'ordre. Il n'est pas rare que des mineurs soient victimes de menaces ou d'insultes, y compris à caractère raciste, alors qu'ils sont entre les mains des forces de l'ordre.

(...)

126. (...) Dans un certain nombre [de centres de détention pour mineurs] visités par le CPT, il n'était pas rare que le personnel administre une soi-disant « gifle pédagogique » ou d'autres formes de punition physique aux mineurs qui se comportaient mal. Dans ce contexte, le CPT rappelle que les châtiments corporels peuvent être considérés comme étant des formes de mauvais traitements et doivent être strictement interdits.»

Le CPT a également souligné ce qui suit dans son neuvième rapport général d'activité (CPT/Inf (99) 12) du 30 août 1999 :

« 24. Dans plusieurs autres établissements visités [où des mineurs sont privés de liberté], les délégations du CPT ont appris qu'il n'était pas rare que le personnel administre à l'occasion « une gifle pédagogique » aux mineurs qui se comportent mal. Le Comité considère que, dans l'intérêt de la prévention des mauvais traitements, toutes les formes de châtimement corporel doivent être formellement interdites et évitées dans la pratique. Les mineurs qui se conduisent mal devraient être traités uniquement selon les procédures disciplinaires prescrites. »

49. Dans son rapport au Gouvernement de la Belgique relatif à la visite effectuée dans ce pays du 18 au 27 avril 2005 (CPT/Inf (2006) 15, 20 avril 2006), le CPT indique notamment ceci :

« 11. Sur la base de l'ensemble des informations recueillies lors de la visite, le CPT est amené à conclure – comme cela avait été le cas à la suite de ses trois premières visites en Belgique –, que le risque pour une personne d'être maltraitée pendant sa détention par les forces de l'ordre ne saurait être écarté. En conséquence, le CPT recommande aux autorités belges de continuer à faire preuve de vigilance en ce domaine et de déployer des efforts particuliers s'agissant des mineurs privés de liberté.

En outre, le CPT recommande qu'il soit rappelé aux membres des forces de l'ordre, à intervalles réguliers et de manière appropriée, que toute forme de mauvais traitements (y compris les insultes) de personnes privées de liberté est inacceptable, que toute information relative à d'éventuels mauvais traitements fera l'objet d'une enquête en bonne et due forme, et que les auteurs des mauvais traitements seront sévèrement sanctionnés.

12. S'agissant plus particulièrement des allégations de mauvais traitements lors de l'interpellation d'un suspect par les forces de l'ordre, le CPT l'a répété à maintes reprises, il ne fait aucun doute que cette opération constitue parfois une tâche difficile et dangereuse, en particulier lorsque la personne concernée résiste ou lorsque les forces

de l'ordre ont de bonnes raisons de penser qu'elle représente une menace immédiate. Toutefois, au moment de procéder à l'interpellation, l'usage de la force doit être limité à ce qui est strictement nécessaire; de surcroît, dès l'instant où la personne interpellée a été maîtrisée, rien ne saurait jamais justifier qu'elle soit frappée.»

Le rapport relatif à la visite qu'il a effectuée en Belgique du 28 septembre au 7 octobre 2009 (CPT/Inf (2010) 24, 23 juillet 2010) contient en particulier le passage suivant :

« 13. Au cours de sa visite dans les commissariats de police, la délégation du CPT n'a rencontré que quelques personnes privées de liberté. Cela étant, lors de ses visites d'établissements pénitentiaires, elle s'est entretenue avec de nombreuses personnes qui avaient été récemment détenues par la police.

La majorité des détenus rencontrés par la délégation n'ont fait état d'aucun mauvais traitement physique délibéré à l'occasion de leur privation de liberté par la police. Toutefois, la délégation a recueilli un nombre limité d'allégations de recours excessif à la force (tel que des coups portés alors que la personne était maîtrisée ou le fait d'avoir été étroitement menottée), au moment de l'interpellation (notamment à Bruxelles, Charleroi et Marcinelle). Comme le CPT l'a maintes fois reconnu, il ne fait aucun doute que l'interpellation d'un suspect constitue parfois une tâche difficile et dangereuse, en particulier lorsque la personne concernée résiste ou lorsque la police a de bonnes raisons de penser qu'elle représente une menace immédiate. Néanmoins, le CPT recommande de rappeler aux fonctionnaires de police qu'au moment de procéder à une interpellation, l'usage de la force doit être limité à ce qui est strictement nécessaire; de surcroît, dès l'instant où la personne interpellée a été maîtrisée, rien ne saurait jamais justifier qu'elle soit frappée.»

### **C. Le Code européen d'éthique de la police**

50. Dans sa Recommandation Rec(2001)10 sur le code européen d'éthique de la police adoptée le 19 septembre 2001, le Comité des Ministres se dit

« [c]onvaincu que la confiance de la population dans la police est étroitement liée à l'attitude et au comportement de cette dernière vis-à-vis de cette même population, et en particulier au respect de la dignité humaine et des libertés et droits fondamentaux de la personne tels qu'ils sont consacrés notamment par la Convention européenne des droits de l'homme».

Il recommande aux gouvernements des États membres de s'inspirer, dans leurs législations et pratiques internes et dans leurs codes de conduite en matière de police, des principes énoncés dans le Code européen d'éthique de la police annexé à la recommandation, en vue d'en assurer la mise en œuvre progressive et la diffusion la plus large possible.

51. Ce code précise en particulier que parmi les principaux buts de la police se trouve celui de protéger et respecter les libertés et droits fondamentaux de l'individu tels qu'ils sont consacrés, notamment, par la

Convention (paragraphe 1). Dans sa partie relative aux « principes directeurs concernant l'action/l'intervention de la police », il énonce que « la police ne doit infliger, encourager ou tolérer aucun acte de torture, aucun traitement ou peine inhumains ou dégradants, dans quelque circonstance que ce soit » (paragraphe 36), et qu'elle « ne peut recourir à la force qu'en cas de nécessité absolue et uniquement pour atteindre un objectif légitime » (paragraphe 37). Il ajoute notamment que, « dans l'accomplissement de sa mission, [elle] doit toujours garder à l'esprit les droits fondamentaux de chacun » (paragraphe 43) et que « les personnels de police doivent agir avec intégrité et respect envers la population, en tenant tout spécialement compte de la situation des individus faisant partie de groupes particulièrement vulnérables » (paragraphe 44).

#### **D. La vulnérabilité des mineurs**

52. Le préambule de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (défini par l'article premier comme étant « tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ») du 20 novembre 1989 (ratifiée par la Belgique) renvoie à ces déclarations et rappelle que la nécessité d'accorder une protection spéciale à l'enfant a été reconnue dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (en particulier aux articles 23-24), dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (en particulier à l'article 10) et dans les statuts et instruments pertinents des institutions spécialisées et des organisations internationales qui se préoccupent du bien-être de l'enfant.

53. Plusieurs textes internationaux ou régionaux postérieurs reposent sur la reconnaissance de la nécessité de prendre en compte la vulnérabilité des mineurs. Ainsi, par exemple, la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels du 25 octobre 2007 (ratifiée par la Belgique) énonce dans son préambule que « tout enfant a droit, de la part de sa famille, de la société et de l'État, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur », l'enfant étant défini comme « toute personne âgée de moins de dix-huit ans » (article 3 a)). On peut également évoquer la Recommandation CM/Rec(2008)11 sur les règles européennes pour les délinquants mineurs faisant l'objet de sanctions ou de mesures et la Recommandation CM/Rec(2009)10 sur les stratégies nationales intégrées de protection des enfants contre la violence, adoptées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 5 novembre 2008 et le 18 novembre 2009 respectivement. La première souligne l'extrême vulnérabilité des mineurs privés de liberté (annexe à la recommandation, § 52.1);

la seconde souligne que « la fragilité et la vulnérabilité des enfants, ainsi que leur dépendance à l'égard des adultes pour leur croissance et leur développement, justifient un investissement accru de la part de la famille, de la société et de l'État dans la prévention de la violence à l'encontre des enfants ». Tout récemment encore, le CPT a mis en exergue la vulnérabilité particulière des mineurs dans le contexte de la privation de liberté (24<sup>e</sup> rapport général du CPT, 2013-2014, janvier 2015, § 3, chapitre « Les mineurs privés de liberté en vertu de la législation pénale », §§ 98-99).

## EN DROIT

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

54. Les requérants se plaignent du fait que des agents de police leur ont donné une gifle alors qu'ils se trouvaient dans le commissariat de Saint-Josse-ten-Noode. Ils estiment avoir été victimes d'un traitement dégradant. Ils se plaignent en outre de l'instruction conduite à la suite de leurs plaintes, qu'ils jugent inefficace, incomplète et partielle et dont ils dénoncent la durée. Ils invoquent les articles 3, 6 § 1 et 13 de la Convention, le premier étant ainsi libellé :

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

55. Rappelant que la Cour est maîtresse de la qualification juridique des faits et constatant que ces griefs se confondent, la chambre a jugé approprié d'examiner les allégations des requérants sous l'angle de l'article 3 de la Convention uniquement. La Grande Chambre marque son accord avec cette approche. Elle procédera donc à l'identique.

#### A. L'arrêt de chambre

56. Dans son arrêt, la chambre renvoie aux principes qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour relative à l'article 3 de la Convention. Elle se réfère notamment au principe selon lequel, lorsque les événements en cause, dans leur totalité ou pour une large part, sont connus exclusivement des autorités, comme dans le cas des personnes soumises à leur contrôle en garde à vue, toute blessure survenue pendant cette période donne lieu à de fortes présomptions de fait, de sorte qu'il incombe au Gouvernement de fournir une explication satisfaisante et convaincante en produisant des preuves établissant des faits qui font peser un doute sur le récit de la victime. Elle se réfère également au principe qui veut que, lorsqu'un individu est privé de sa liberté ou, plus généralement, se trouve confronté à des agents

des forces de l'ordre, l'utilisation à son égard de la force physique alors qu'elle n'est pas rendue strictement nécessaire par son comportement porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3. Elle renvoie aussi au principe selon lequel un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité pour tomber sous le coup de cette disposition. Elle rappelle en outre qu'il existe des violences qui, bien que condamnables selon la morale et très généralement aussi selon le droit interne des États contractants, ne relèvent pas de l'article 3. Elle note ensuite que le Gouvernement conteste que les requérants aient été giflés par des policiers et soutient que les certificats médicaux produits n'établissent pas que les lésions qu'ils constatent ont une telle origine. Elle juge toutefois inutile de se prononcer sur ce point, retenant qu'à les supposer avérés, les actes dénoncés par les requérants ne constituaient pas, dans les circonstances de la cause, des traitements contraires à l'article 3 de la Convention. Elle conclut ainsi (paragraphe 51) :

« (...) à supposer que gifle il y ait eu, il s'agissait dans les deux cas d'une gifle isolée, infligée inconsidérément par des policiers excédés par le comportement irrespectueux ou provocateur des requérants, et qui ne visait pas à leur extorquer des aveux. Elle serait de plus intervenue dans le contexte d'un climat tendu entre les membres de la famille des requérants et les policiers de leur quartier. Dans de telles circonstances, même si l'un des requérants n'avait alors que dix-sept ans et s'il est compréhensible que, dans l'hypothèse où les faits se seraient déroulés comme les requérants le disent, ils éprouvent un fort ressentiment, la Cour ne saurait perdre de vue qu'il s'agissait chaque fois d'un acte isolé, posé dans une situation de tension nerveuse et dénué de tout effet grave ou durable. Elle estime que des actes de ce type, bien qu'inacceptables, ne sauraient être considérés comme générant un degré d'humiliation ou d'avisement suffisant pour caractériser un manquement à l'article 3 de la Convention. Autrement dit, en tout état de cause, le seuil de gravité mentionné ci-dessus n'est pas atteint en l'espèce, de sorte qu'aucune question de violation de cette disposition ne se pose, que l'on envisage celle-ci sous son angle matériel ou sous son angle procédural. »

## **B. Les observations des parties**

### *1. Les requérants*

57. S'agissant du volet matériel de l'article 3, les requérants reprochent à la chambre de s'être écartée des principes établis par la Grande Chambre. Ils estiment en effet qu'elle a omis d'appliquer les présomptions de causalité et de gravité qui entrent en jeu dans les cas de violence sur des personnes privées de liberté ou qui sont aux mains de la police. Ils soulignent que, dans de tels cas, il existe une présomption de causalité entre les traces de coups et leur imputabilité aux services de police, laquelle peut être renversée par des explications raisonnables fournies par les auteurs présumés. Ils précisent

que, si tel n'est pas le cas, la seconde présomption entre en jeu dès lors que la victime est privée de liberté: l'usage de la force physique étant *per se* attentatoire à la dignité, l'acte est présumé être grave et contraire à l'article 3, l'auteur supposé pouvant toutefois renverser cette présomption en invoquant la stricte nécessité de l'usage de la force au vu du comportement de la victime. Ce ne serait qu'«à titre accessoire» que la Cour examinerait éventuellement la gravité de l'acte, pour déterminer s'il doit être qualifié de «torture» ou de traitement «inhumain ou dégradant».

58. Les requérants soulignent que des certificats médicaux établis rapidement après les faits démontrent qu'ils présentaient des traces de coups à leur sortie du commissariat. Ils en déduisent que la présomption de causalité s'applique et constatent qu'à l'instar des services de police au plan interne, le Gouvernement n'a fourni aucune explication permettant de l'écarter, se bornant à nier que gifles il y ait eu. Ils ajoutent que l'utilisation de la force contre eux n'était ni nécessaire ni proportionnée. Ils soulignent à cet égard qu'aucune trace de coup n'a été relevée sur les policiers qui les ont giflés, qu'il n'y a pas eu résistance physique active de leur part, qu'ayant toujours nié les gifles, la police et l'État belge ne sont pas en mesure d'établir leur nécessité et qu'il faut tenir compte du contexte de violences policières en Belgique. Ils soulignent en outre que la nervosité, un comportement irrespectueux et le conflit entre la police du quartier et la famille Bouyid ne sont pas de nature à caractériser la nécessité de l'usage de la force. Le premier requérant ajoute que le contrôle d'identité à l'origine de son interpellation n'était pas justifié, que les raisons de celle-ci sont obscures et que sa veste a été déchirée à cette occasion, qu'il était beaucoup moins corpulent que le policier qui l'a giflé, qu'il était mineur, que la gifle qu'il a reçue l'a laissé en état de choc, et que son sentiment de peur et de stress était d'autant plus grand qu'il avait eu le tympan perforé quatre ans auparavant à la suite d'un coup porté par un agent de police et qu'il se trouvait face à l'esprit corporatiste des forces de police. Le second requérant ajoute pour sa part que, lorsqu'il a été giflé, il était assis et ne constituait pas une menace directe.

59. Les requérants indiquent que les violences policières sont un problème d'actualité en Belgique: la presse a rapporté de nombreux cas et le Comité P fait état dans son rapport annuel pour 2012 d'une augmentation des plaintes pour violences policières (468 en 2010, 576 en 2012). Ils indiquent aussi que, dans son rapport relatif à sa visite effectuée en Belgique du 18 au 27 avril 2005 (précité, § 11), le CPT signale que «le risque pour une personne d'être maltraitée pendant sa détention par les forces de l'ordre ne saurait être écarté». Ils ajoutent que, dans ses observations finales concernant le troisième rapport périodique de la Belgique, le Comité contre la torture des Nations unies déplore une persistance des allé-

gations d'usage abusif de la violence par les forces de l'ordre et préconise des enquêtes approfondies, indépendantes et impartiales (CAT/C/BEL/CO/3, 28 octobre-22 novembre 2013, § 13). Ils signalent aussi que chaque semaine quatre plaintes dénonçant des faits de violences policières sont déposées sur le site Internet de l'Observatoire des violences policières en Belgique de la section francophone de la Ligue belge des droits de l'homme. Par ailleurs, il semblerait que les policiers portent systématiquement plainte dès le dépôt d'une plainte contre eux et qu'ils bénéficient plus souvent que la moyenne de la population d'une suspension du prononcé lorsqu'une affaire aboutit en justice. La population en tirerait une impression d'impunité qui découragerait les victimes à porter plainte.

60. S'agissant du volet procédural de l'article 3, les requérants considèrent que l'enquête qui a été conduite en leur cause ne répond pas aux exigences de la jurisprudence de la Cour.

61. Premièrement, l'enquête reposerait pour l'essentiel sur un *screening* du comportement de la famille, fondé sur des procès-verbaux établis par le commissariat de police dont sont issus les policiers qu'ils mettent en cause. Le fait que le procès-verbal de synthèse relate avec précision les plaintes que les membres de leur famille ont déposées à l'encontre de policiers de ce commissariat ainsi que le classement sans suite de celles-ci, mais ne donne aucune indication sur les procès-verbaux rédigés contre eux alors que la plupart de ces dossiers n'existent pas ou n'ont pas eu de suite, montrerait que l'enquête a été conduite à décharge des agents de police. Les requérants observent en outre que l'enquête n'a pas permis de faire la lumière sur les circonstances de l'intervention des agents de police.

62. Deuxièmement, l'enquête aurait connu de grands manquements : alors que le juge d'instruction l'avait demandé, les requérants n'ont pas été entendus par les enquêteurs, le dossier relatif aux rayures sur la voiture d'un agent du commissariat en 1999 n'a pas été intégralement joint à la procédure et le juge d'instruction n'a pas été informé des suites données aux divers dossiers ouverts à charge des membres de la famille Bouyid (certains de ceux mentionnés dans le procès-verbal de synthèse n'existeraient d'ailleurs pas ou seraient en réalité des dossiers où ils se sont portés victimes). Ils signalent que, constatant ces déficiences, ils ont demandé au juge d'instruction d'accomplir vingt devoirs complémentaires, lequel n'a accepté que d'en effectuer deux : la jonction d'un courriel et de l'audition d'un agent que le premier requérant aurait insulté le 8 décembre 2003 (pièces dont ils n'auraient du reste pas pu prendre connaissance).

63. Troisièmement, les prescrits légaux applicables à l'audition des mineurs victimes d'un délit n'auraient pas été respectés (ils renvoient aux articles 91 *bis* et 92 du code d'instruction criminelle, qui donnent aux

intéressés le droit d'être accompagnés d'un majeur lors de leur audition par l'autorité judiciaire et prévoient la possibilité d'enregistrer celle-ci).

64. Quatrièmement, le juge d'instruction aurait pu solliciter d'office les devoirs complémentaires suivants : entendre l'ami du premier requérant qui était avec lui lors de son interpellation, joindre les images des caméras à l'entrée et à la sortie du commissariat, ordonner une contre-expertise médicale, organiser une confrontation.

65. Ainsi, selon les requérants, c'est sur la base d'une enquête ineffective et conduite à décharge des policiers en cause que les juridictions d'instruction ont décidé que la matérialité des faits n'était pas établie et qu'il n'y avait pas lieu à poursuites.

## 2. *Le Gouvernement*

66. Le Gouvernement déclare souscrire à l'analyse des requérants selon laquelle, si une personne est détenue par la police au moment des faits, il existe une présomption de causalité entre les traces de coups et blessures qu'elle présente et l'imputabilité aux services de police, laquelle peut être renversée par une explication raisonnable. Il admet aussi que l'acte est présumé grave dès lors que la personne est détenue, la Cour considérant *de facto* que la dignité de l'intéressée est atteinte, cette présomption pouvant être renversée par la preuve de la stricte nécessité de l'usage de la force au vu du comportement de la victime. Il souligne qu'il n'entend pas échapper à ces présomptions, mais qu'il lui semble légitime en l'espèce de ne pas mettre en cause les allégations des policiers alors que les éléments recueillis dans le cadre de l'enquête sérieuse et complète qui a été menée ne permettent pas de les contredire raisonnablement.

67. Selon le Gouvernement, les autorités judiciaires doivent concilier la présomption de causalité avec le principe tout aussi élémentaire de la présomption d'innocence des agents de l'État mis en cause : elles ne peuvent se départir du principe de ne condamner le prévenu que dans l'hypothèse où elles ont la certitude, au-delà de tout doute raisonnable, qu'il a posé des actes constitutifs d'un traitement dégradant sur le plaignant.

68. Le Gouvernement souligne qu'en l'espèce, si les requérants ont produit des certificats médicaux qui font état de lésions qui pourraient être compatibles avec les faits qu'ils dénoncent, il ressort de leurs seules déclarations que ces lésions seraient la conséquence d'une gifle et que cette gifle leur aurait été infligée par des policiers. Il ajoute que les agents mis en cause se sont toujours farouchement défendus d'avoir posé de tels actes et qu'aucun des éléments recueillis lors de l'instruction ne contredit leur démenti. Il observe aussi que les membres de la famille Bouyid ont déposé plusieurs autres plaintes contre des agents du commissariat de leur quartier, chaque

fois dans le contexte d'une confrontation avec la police consécutivement à leur interpellation. Il en déduit que, vu le comportement de la famille Bouyid, il est possible de penser que les plaintes des requérants étaient destinées à jeter le discrédit sur les policiers qu'ils mettent en cause alors qu'aucun coup n'a été porté contre eux. Lors de l'audience, le Gouvernement a émis l'hypothèse que les requérants s'étaient eux-mêmes giflés dans le but de constituer un dossier contre la police de leur commune, avec laquelle ils avaient des difficultés depuis de nombreuses années. Selon lui, les tensions étaient telles que l'on peut imaginer que ce soit allé jusque-là.

69. Il y aurait donc en l'espèce « plus qu'un doute raisonnable sur l'établissement des faits allégués ».

70. Le Gouvernement estime que cette dernière affirmation ne contredit pas le principe selon lequel, lorsqu'un individu se trouve privé de liberté ou confronté à des agents des forces de l'ordre, l'utilisation à son égard de la force physique alors qu'elle n'est pas rendue nécessaire par son comportement porte atteinte à la dignité humaine et constitue en principe une violation de l'article 3.

71. Le Gouvernement soutient par ailleurs que les requérants ont eu accès à une enquête officielle effective, qui a analysé l'intégralité des données disponibles en termes de rapports, procès-verbaux et témoignages. Il ajoute que l'enquête n'a cependant pas permis d'établir la matérialité des faits invoqués par les requérants et, partant, n'a pas permis d'identifier un ou des auteurs éventuels.

72. Enfin, le Gouvernement déclare qu'il ne pourrait admettre que la présente affaire serve d'étendard dans la lutte contre les violences policières alors que les faits ne sont pas raisonnablement établis.

### **C. Les observations des tiers intervenants**

#### *1. Le Centre des droits de l'homme de l'université de Gand*

73. Le tiers intervenant constate que, pour conclure que le seuil de gravité de l'article 3 n'était pas atteint, la chambre a pris en compte le comportement prétendument irrespectueux ou provocateur des requérants, le climat tendu qui régnait entre les membres de la famille des requérants et les policiers de leur quartier, le fait que les gifles ne visaient pas à extorquer des aveux, et le fait qu'il s'agissait d'actes isolés, dénués d'effet grave ou durable. Il estime qu'à l'aune de la jurisprudence de la Cour, les trois premiers de ces éléments ne sont pas pertinents. S'il juge le quatrième élément valide, il estime qu'un facteur devrait être capital lorsqu'il s'agit de déterminer si le seuil de gravité est atteint s'agissant d'un acte commis à l'égard d'une personne privée de liberté par la police : le fait qu'il y a alors abus de pouvoir

par des agents de police envers des personnes qui sont sous leur contrôle total. Selon lui, il faut dans un tel cas abaisser le seuil de gravité. Renvoyant aux arrêts *Salman c. Turquie* ([GC] n° 21986/93, CEDH 2000-VII), *Denis Vasilyev c. Russie* (n° 32704/04, 17 décembre 2009) et *Valiulienė c. Lituanie* (n° 33234/07, 26 mars 2013), il souligne que la Cour considère que les personnes en garde à vue sont en situation de vulnérabilité et que l'article 3 met à la charge des États une obligation de protéger le bien-être physique des personnes qui sont dans cette situation, et qu'elle tient compte du sentiment de peur et d'impuissance de la victime lorsqu'elle est amenée à juger si le seuil de l'article 3 est atteint. Selon lui, il en va d'autant plus ainsi s'agissant de mineurs privés de liberté, ceux-ci étant particulièrement vulnérables. Dans ce contexte, une simple gifle peut avoir des répercussions psychologiques sérieuses, incompatibles avec les exigences de l'article 3, d'autant plus que l'on pourrait y voir une menace de violences plus graves en cas de refus de coopérer, ou même un acte punitif.

74. Le tiers intervenant invite la Cour à prendre en compte le fait que, dans ses rapports sur la Belgique de 200 et 2010, précités, le CPT a recommandé à cet État de « rappeler aux fonctionnaires de police qu'au moment de procéder à une interpellation, l'usage de la force doit être limité à ce qui est strictement nécessaire [et que,] dès l'instant où la personne interpellée a été maîtrisée, rien ne saurait jamais justifier qu'elle soit frappée ».

75. Le tiers intervenant rappelle ensuite que, dans l'arrêt *Davydov et autres c. Ukraine* (nos 17674/02 et 39081/02, § 268, 1<sup>er</sup> juillet 2010), la Cour a jugé que l'article 3 met à la charge des États l'obligation de former les agents de la force publique de manière à ce qu'ils aient un haut niveau de compétence dans leur conduite professionnelle, afin que personne ne soit exposé de leur part à des traitements contraires à cette disposition.

76. Enfin, le tiers intervenant met en exergue le fait que l'usage de la violence par la police n'est pas inhabituel en Belgique. Comme les requérants, il renvoie aux chiffres publiés par le Comité P et l'Observatoire des violences policières. Il ajoute que la police belge a été au cœur de plusieurs affaires de violences policières ces dernières années et qu'il a été constaté que, dans certains commissariats de la région de Bruxelles, l'infliction de gifles avec la main plate (afin de laisser peu de traces) relève presque de la routine.

## 2. REDRESS

77. Le tiers intervenant souligne que le droit international des droits de l'homme n'admet l'usage de la force physique par les agents de la force publique que dans la mesure où il est nécessaire et proportionné à un but légitime. Il renvoie à l'article 10 du Pacte international relatif aux droits

civils et politiques, à l'Observation générale n° 20 du Comité des droits de l'homme des Nations unies, au Code de conduite des Nations unies pour les responsables de l'application des lois, aux Principes de base des Nations unies sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois, au Code européen d'éthique de la police, précité, et aux Règles pénitentiaires européennes (auxquels la Cour et le CPT font référence dans leurs travaux), ainsi qu'au Guide pour une police démocratique de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe. Il en déduit les principes suivants: chacun a le droit de ne pas être soumis à la torture ou à des traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants, l'ensemble de principes des Nations unies pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement précisant que ces termes doivent être interprétés de manière à étendre aussi largement que possible la protection contre les abus; les moyens non violents doivent être tentés d'abord; il ne doit y avoir recours à la force que lorsque c'est strictement nécessaire, et uniquement dans le but de faire respecter la loi de manière légale; dans leurs relations avec des personnes en détention, les responsables de l'application des lois ne doivent pas user de la force, sauf lorsque c'est rendu strictement nécessaire pour le maintien de la sécurité ou de l'ordre au sein de l'institution ou en cas de menace pour la sécurité personnelle; aucune exception ou excuse ne peuvent être admises en cas d'usage illégal de la force; l'usage de la force doit toujours être proportionné à des buts légaux; la retenue s'impose en cas d'usage de la force; les dommages et blessures doivent être minimisés; un éventail de moyens permettant un usage différencié de la force doit être mis en place; les responsables de l'application des lois doivent être formés aux divers moyens permettant un usage différencié de la force ainsi qu'à l'usage des moyens non violents.

78. Le tiers intervenant expose que le principe établi par la Cour selon lequel l'usage de la force par un agent de l'État contre une personne privée de liberté, qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le comportement de cette dernière, porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3, est également consacré par la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (elle se réfère à l'arrêt *Loayza-Tamayo c. Pérou*, 17 septembre 1997, § 57, série C n° 33). Il ajoute que la Cour a précisé que lorsqu'il est établi que cette nécessité fait défaut, il n'y a plus lieu d'évaluer la sévérité de la souffrance infligée pour conclure à une violation de l'article 3 (elle renvoie à l'arrêt *Keenan c. Royaume-Uni*, n° 27229/95, § 113, CEDH 2001-III); si la nécessité est établie, tous les facteurs déterminants sont pris en compte, dont la durée du traitement, ses effets physiques et mentaux et, dans certains cas, le sexe,

l'âge et l'état de santé de la victime, ainsi que la vulnérabilité particulière de la victime ; or les personnes détenues sont vulnérables, car elles se trouvent sous le contrôle absolu de la police ou du personnel carcéral. Le tiers intervenant ajoute que, dans son arrêt n° 543/2010 du 2 juin 2010, eu égard à cette vulnérabilité, le Tribunal suprême espagnol a jugé humiliante et dégradante une gifle infligée par un policier à un détenu, même en l'absence de blessures visibles. Tel serait aussi l'approche du précédent rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, du CPT et du Comité des droits de l'homme des Nations unies.

79. Le tiers intervenant met l'accent sur le fait que les détenus sont à double titre vulnérables lorsqu'il s'agit d'enfants, ce que le rapporteur spécial des Nations unies sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants a souligné. Se référant aux Règles des Nations unies pour la protection des mineurs privés de liberté et aux travaux du Comité des droits de l'enfant des Nations unies, il ajoute qu'il est établi que l'usage de la force à l'encontre d'enfants est prohibé, sauf à des fins très limitées. Selon ce dernier, cela concerne toutes les formes de violences, y compris les violences non physiques ou non intentionnelles, quelles que soient leur fréquence et leur sévérité, et même si elles ne sont pas motivées par l'intention de faire mal. Il condamne en particulier, tout comme le CPT dans son neuvième rapport général d'activité, l'« usage pédagogique de la force » (notamment les « claques pédagogiques ») consistant à utiliser la force en réponse à un refus de coopérer ou à une mauvaise conduite, le CPT relevant en outre que les locaux policiers sont les lieux où les jeunes risquent le plus d'être délibérément maltraités.

80. Enfin, le tiers intervenant indique que les systèmes légaux nationaux reflètent les normes régionales et internationales. L'interdiction de l'usage de la force, sauf lorsque cela s'avère strictement nécessaire, serait ainsi consacrée au Royaume-Uni, en Suède, en Australie, au Canada et aux États-Unis.

## **D. L'appréciation de la Cour**

### *1. Sur le volet matériel du grief*

#### **a) Principes généraux**

81. L'article 3 de la Convention consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques (voir, notamment, *Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, § 95, CEDH 1999-V, *Labita c. Italie* [GC], n° 26772/95, § 119, CEDH 2000-IV, *Gäfgen c. Allemagne* [GC], n° 22978/05, § 87, CEDH 2010, *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], n° 39630/09, § 195, CEDH 2012, et *Mocanu et autres c. Roumanie* [GC],

n<sup>os</sup> 10865/09 et 2 autres, § 315, CEDH 2014). En effet, l'interdiction de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants est une valeur de civilisation étroitement liée au respect de la dignité humaine.

Il ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention, et, d'après l'article 15 § 2, il ne souffre nulle dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation (*ibidem*). Même dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines et traitements inhumains ou dégradants, quel que soit le comportement de la personne concernée (voir, notamment, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, § 79, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, et *Labita, Gäfgen* et *El-Masri*, précités, mêmes références, ainsi que *Géorgie c. Russie (I)* [GC], n<sup>o</sup> 13255/07, § 192, CEDH 2014, et *Svinarenko et Sbyadnev c. Russie* [GC], n<sup>os</sup> 32541/08 et 43441/08, § 113, CEDH 2014).

82. Les allégations de mauvais traitements contraires à l'article 3 doivent être étayées par des éléments de preuve appropriés. Pour l'établissement des faits allégués, la Cour se sert du critère de la preuve « au-delà de tout doute raisonnable », une telle preuve pouvant néanmoins résulter d'un faisceau d'indices, ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants (voir, notamment, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 161 *in fine*, série A n<sup>o</sup> 25, *Labita*, précité, § 121, *Jalloh c. Allemagne* [GC], n<sup>o</sup> 54810/00, § 67, CEDH 2006-IX, *Ramirez Sanchez c. France* [GC], n<sup>o</sup> 59450/00, § 117, CEDH 2006-IX, et *Gäfgen*, précité, § 92).

83. Sur ce dernier point, la Cour a précisé que lorsque les événements en cause, dans leur totalité ou pour une large part, sont connus exclusivement des autorités, comme dans le cas des personnes soumises à leur contrôle en garde à vue, toute blessure survenue pendant cette période donne lieu à de fortes présomptions de fait. La charge de la preuve pèse alors sur le Gouvernement: il lui incombe de fournir une explication satisfaisante et convaincante en produisant des preuves établissant des faits qui font peser un doute sur le récit de la victime (*Salman*, précité, § 100, *Rivas c. France*, n<sup>o</sup> 59584/00, § 38, 1<sup>er</sup> avril 2004, ainsi que, notamment, *Turan Cakir c. Belgique*, n<sup>o</sup> 44256/06, § 54, 10 mars 2009, *Mete et autres c. Turquie*, n<sup>o</sup> 294/08, § 112, 4 octobre 2011, *Gäfgen*, § 92, et *El-Masri*, § 152, précités). En l'absence d'une telle explication, la Cour est en droit de tirer des conclusions pouvant être défavorables au Gouvernement (voir, notamment, *El-Masri*, précité, § 152). Cela est justifié par le fait que les personnes placées en garde à vue sont en situation de vulnérabilité et que les autorités ont le devoir de les protéger (voir, notamment, *Salman*, précité, § 99).

84. La chambre a jugé en l'espèce qu'il en allait de même dans le cadre d'une vérification d'identité dans un commissariat (comme dans le cas du

premier requérant) ou d'un simple interrogatoire dans un tel lieu (comme dans le cas du second requérant). La Grande Chambre marque son accord. Elle souligne que le principe énoncé au paragraphe 83 ci-dessus vaut dans tous les cas où une personne se trouve entre les mains de la police ou d'une autorité comparable.

85. La Cour a également indiqué dans l'arrêt *El-Masri* (précité, § 155) que, si elle reconnaît « qu'elle ne peut sans de bonnes raisons assumer le rôle de juge du fait de première instance lorsque cela n'est pas rendu inévitable par les circonstances de l'affaire dont elle se trouve saisie (*McKerr c. Royaume-Uni* (déc.), n° 28883/95, 4 avril 2000) », elle doit se livrer à un « examen particulièrement attentif » lorsque des allégations sont formulées sur le terrain de l'article 3 de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Ribitsch c. Autriche*, 4 décembre 1995, § 32, série A n° 336, et *Georgiy Bykov c. Russie*, n° 24271/03, § 51, 14 octobre 2010), quand bien même certaines procédures et investigations auraient déjà été menées au plan interne (*Cobzaru c. Roumanie*, n° 48254/99, § 65, 26 juillet 2007). En d'autres termes, la Cour est disposée, dans un tel contexte, à examiner d'une manière approfondie les conclusions des juridictions nationales. Pour ce faire, elle peut prendre en compte la qualité de la procédure interne et toute déficience propre à vicier le processus décisionnel (*Denissenko et Bogdantchikov c. Russie*, n° 3811/02, § 83, 12 février 2009).

86. Pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux, ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge, de l'état de santé de la victime, etc. (voir, notamment, *Irlande c. Royaume-Uni*, § 162, *Jalloh*, § 67, *Gäfgen*, § 88, *El-Masri*, § 196, et *Svinarenko et Slyadnev*, § 114, tous précités). Parmi les autres facteurs à considérer figurent le but dans lequel le traitement a été infligé ainsi que l'intention ou la motivation qui l'ont inspiré (comparer, entre autres, *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, § 64, *Recueil* 1996-VI, *Egmez c. Chypre*, n° 30873/96, § 78, CEDH 2000-XII, et *Krastanov c. Bulgarie*, n° 50222/99, § 53, 30 septembre 2004 ; voir aussi, notamment, *Gäfgen*, § 88, et *El-Masri*, § 196, précités), étant entendu que la circonstance qu'un traitement n'avait pas pour but d'humilier ou de rabaisser la victime n'exclut pas de façon définitive un constat de violation de l'article 3 (voir, entre autres, *V. c. Royaume-Uni* [GC], n° 24888/94, § 71, CEDH 1999-IX, et *Svinarenko et Slyadnev*, précité, § 114). Doit également être pris en compte le contexte dans lequel le traitement a été infligé, telle une atmosphère de vive tension et à forte charge émotionnelle (comparer, par exemple, *Selmouni*, § 104, et *Egmez*, § 78, précités ; voir aussi, notamment, *Gäfgen*, précité, § 88).

87. 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, *Vasyukov c. Russie*, n° 2974/05, § 59, 5 avril 2011, *Gäffgen*, § 89, *Svinarenko et Slyadnev*, § 114, et *Géorgie c. Russie (I)*, § 192, précités). Il faut en outre préciser qu'il peut suffire que la victime soit humiliée à ses propres yeux, même si elle ne l'est pas à ceux d'autrui (voir, parmi d'autres, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 32, série A n° 26, et *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, § 220, CEDH 2011).

88. Par ailleurs, au regard des faits de la cause, la Cour estime particulièrement important de souligner que lorsqu'un individu est privé de sa liberté ou, plus généralement, se trouve confronté à des agents des forces de l'ordre, l'utilisation à son égard de la force physique alors qu'elle n'est pas rendue strictement nécessaire par son comportement porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3 (voir, notamment, *Ribitsch*, § 38, *Mete et autres*, § 106, et *El-Masri*, § 207, tous précités).

89. Le terme « dignité » figure dans de nombreux textes et instruments internationaux et régionaux (paragraphe 45-47 ci-dessus). Si la Convention ne mentionne pas cette notion – qui apparaît néanmoins dans le préambule du Protocole n° 13 à la Convention relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances –, la Cour a souligné que le respect de la dignité humaine se trouve au cœur même de la Convention (*Svinarenko et Slyadnev*, précité, § 118) et qu'avec la liberté de l'homme, elle en est l'essence même (*C.R. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, § 42, série A n° 335-C, et *S.W. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, § 44, série A n° 335-B; voir aussi, notamment, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 65, CEDH 2002-III).

90. Par ailleurs, il existe un lien particulièrement fort entre les notions de peines ou traitements « dégradants », au sens de l'article 3 de la Convention, et de respect de la « dignité ». Dès 1973, la Commission européenne des droits de l'homme a souligné que, dans le contexte de l'article 3 de la Convention, l'expression « traitements dégradants » montrait que cette disposition visait en général à empêcher les atteintes particulièrement graves à la dignité humaine (*Asiatiques d'Afrique orientale c. Royaume-Uni*, nos 4403/70 et 30 autres, rapport de la Commission du 14 décembre 1973, Décisions et rapports 78-B, p. 56, § 192). Quant à la Cour, c'est dans l'arrêt *Tyrer*

(précité, § 33) relatif non à un « traitement » dégradant mais à une peine « dégradante » qu'elle s'est pour la première fois expressément référée à cette notion. Pour conclure que la peine dont il était question était dégradante au sens de l'article 3 de la Convention, la Cour a notamment tenu compte du fait que « quoique le requérant n'[eût] pas subi de lésions physiques graves ou durables, son châtement, consistant à le traiter en objet aux mains de la puissance publique, a[vait] porté atteinte à ce dont la protection figure précisément parmi les buts principaux de l'article 3 : la dignité et l'intégrité physique de la personne ». De nombreux arrêts postérieurs mettent en exergue le lien étroit entre les notions de « traitements dégradants » et de respect de la « dignité » (voir, par exemple, *Kudła c. Pologne* [GC], n° 30210/96, § 94, CEDH 2000-XI, *Valašinas c. Lituanie*, n° 44558/98, § 102, CEDH 2001-VIII, *Yankov c. Bulgarie*, n° 39084/97, § 114, CEDH 2003-XII, et *Svinarenko et Slyadnev*, précité, § 138).

#### b) Application au cas d'espèce

##### i. Sur l'établissement des faits

91. Le Gouvernement ne conteste pas le principe énoncé précédemment selon lequel, si un individu présente des traces de coups après avoir été entre les mains de la police et soutient qu'elles résultent de mauvais traitements, il est présumé – de manière réfragable – que tel a été le cas (paragraphes 83-84 ci-dessus). Il admet en outre que ce principe s'applique en l'espèce. Il soutient cependant que les certificats médicaux produits par les requérants n'établissent ni que les lésions dont ils font état seraient la conséquence d'une gifle ni que celle-ci aurait été infligée par des policiers, d'autant moins, ajoute-t-il, que les agents de police concernés ont toujours nié les faits. Il ajoute qu'aucun des éléments recueillis lors de l'instruction ne contredit ce démenti.

92. La Cour fait observer que, pour bénéficier de la présomption dont il s'agit, les personnes qui se disent victimes d'une violation de l'article 3 de la Convention doivent démontrer qu'elles présentent des traces de mauvais traitements alors qu'elles se trouvaient précédemment entre les mains de la police ou d'une autorité comparable. Comme l'illustrent nombre d'affaires soumises à son examen, elles produisent habituellement à cette fin des certificats médicaux décrivant des blessures ou des traces de coups, auxquels la Cour reconnaît une importante valeur probante.

93. Elle constate ensuite que les certificats médicaux produits en l'espèce – dont l'authenticité n'est pas en cause –, font état, pour le premier requérant, de son « état de choc », d'un « érythème au niveau de la joue gauche (en voie de disparition) » et d'un « érythème au niveau [du] conduit

auditif externe gauche» (paragraphe 12 ci-dessus) et, pour le second, d'une « contusion [à la] joue gauche » (paragraphe 16 ci-dessus). Il s'agit là de conséquences susceptibles de résulter d'une gifle.

94. Elle relève par ailleurs que ces certificats ont été établis le jour des faits, rapidement après la sortie des requérants du commissariat de Saint-Josse-ten-Noode, ce qui conforte leur caractère probant. Celui relatif au premier requérant a en effet été établi le 8 décembre 2003 à 19 h 20, alors que l'intéressé se trouvait au commissariat entre 16 heures et 17 h 30 (paragraphe 12 et 14 ci-dessus). Daté du 23 février 2004, celui relatif au second requérant est antérieur à 11 h 20 – heure à laquelle il a été produit devant le Comité P (paragraphe 25 ci-dessus) –, alors que l'intéressé se trouvait dans le commissariat entre 9 h 44 et 10 h 20 (paragraphe 15-16 ci-dessus).

95. Elle note ensuite qu'il n'est pas contesté que les requérants ne présentaient pas de telles marques lorsqu'ils sont entrés dans le commissariat de Saint-Josse-ten-Noode.

96. Enfin, certes, les policiers mis en cause ont tout au long de la procédure interne constamment nié avoir giflé les requérants. Cependant, ces derniers ont affirmé le contraire avec une constance comparable. Par ailleurs, dès lors que l'instruction présente des déficiences significatives (paragraphe 124-134 ci-dessus), on ne saurait déduire la véracité des déclarations desdits policiers du seul fait que l'enquête n'a pas apporté d'éléments les contredisant.

97. Quant à l'hypothèse émise par le Gouvernement lors de l'audience, selon laquelle les requérants se seraient eux-mêmes giflés dans le but de constituer un dossier contre la police (paragraphe 68 ci-dessus), la Cour constate qu'aucun élément ne vient la corroborer. Il apparaît d'ailleurs, au vu des pièces produites par les parties, que cette hypothèse n'a pas été évoquée devant les juridictions internes.

98. Au vu de ce qui précède, la Cour juge suffisamment établi que les érythèmes décrits par les certificats produits par les requérants sont survenus alors qu'ils se trouvaient entre les mains de la police, au commissariat de Saint-Josse-ten-Noode. Elle constate ensuite que le Gouvernement ne produit aucun élément susceptible de faire douter du récit des intéressés, selon lequel ces érythèmes résultaient d'une gifle donnée par un agent de police. La Cour estime donc que ce fait est avéré.

99. Il reste à rechercher si les requérants sont fondés à soutenir que le traitement dont ils se plaignent était contraire à l'article 3 de la Convention.

*ii. Sur la qualification du traitement infligé aux requérants*

100. Comme la Cour l'a rappelé précédemment (paragraphe 88 ci-dessus), lorsqu'un individu est privé de sa liberté ou, plus généralement, se

trouve confronté à des agents des forces de l'ordre, l'utilisation à son égard de la force physique alors qu'elle n'est pas rendue strictement nécessaire par son comportement porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par cette disposition.

101. La Cour souligne que l'on ne saurait voir dans les mots « en principe » l'indication qu'il y aurait des situations où une telle conclusion de violation ne s'imposerait pas parce que le seuil de gravité précité (paragraphe 86-87 ci-dessus) ne serait pas atteint. En affectant la dignité humaine, c'est l'essence même de la Convention que l'on touche (paragraphe 89 ci-dessus). Pour cette raison, toute conduite des forces de l'ordre à l'encontre d'une personne qui porte atteinte à la dignité humaine constitue une violation de l'article 3 de la Convention. Il en va en particulier ainsi de l'utilisation par elles de la force physique à l'égard d'un individu alors que cela n'est pas rendu strictement nécessaire par son comportement, quel que soit l'impact que cela a eu par ailleurs sur l'intéressé.

102. En l'espèce, le Gouvernement ne prétend pas que la gifle dont se plaint chacun des requérants correspondait à une utilisation de la force physique rendue strictement nécessaire par leur comportement ; il se contente de nier que gifle il y ait eu. Il ressort du reste du dossier qu'il s'agissait d'un acte impulsif, qui répondait à une attitude perçue comme étant irrespectueuse, ce qui, assurément, ne suffit pas à caractériser une telle nécessité. La Cour retient en conséquence qu'il y a eu atteinte à la dignité des requérants et, donc, violation de l'article 3 de la Convention.

103. Cela étant, la Cour tient à souligner que l'infliction d'une gifle par un agent des forces de l'ordre à un individu qui se trouve entièrement sous son contrôle constitue une atteinte grave à la dignité de ce dernier.

104. L'impact d'une gifle sur la personne qui la reçoit est en effet considérable. En atteignant son visage, elle touche à la partie du corps qui à la fois exprime son individualité, marque son identité sociale et constitue le support des sens – le regard, la voix et l'ouïe – qui servent à communiquer avec autrui. La Cour a d'ailleurs déjà eu l'occasion de relever le rôle que joue le visage dans l'interaction sociale (l'arrêt *S.A.S. c. France* ([GC], n° 43835/11, §§ 122 et 141, CEDH 2014) relatif à l'interdiction de porter dans l'espace public une tenue destinée à dissimuler son visage). Elle a également pris en compte la spécificité de cette partie du corps dans le contexte de l'article 3 de la Convention, jugeant qu'« en particulier à cause de sa localisation », un coup de poing asséné sur la tête d'un individu à l'occasion de son interpellation, qui avait causé une enflure et une ecchymose de deux centimètres sur le front, était suffisamment grave pour qu'une question se pose sur le terrain de cette disposition (*Samüt Karabulut c. Turquie*, n° 16999/04, § 41, 27 janvier 2009).

105. La Cour rappelle à cet égard qu'il peut suffire que la victime soit humiliée à ses propres yeux pour qu'il y ait traitement dégradant au sens de l'article 3 de la Convention (paragraphe 87 ci-dessus). Or elle ne doute pas que même isolée, non préméditée et dénuée d'effet grave ou durable sur la personne qui la reçoit, une gifle peut être perçue comme une humiliation par celle-ci.

106. Il en va à plus forte raison ainsi lorsqu'elle est infligée par des agents des forces de l'ordre à des personnes qui se trouvent sous leur contrôle, puisqu'elle souligne alors le rapport de supériorité-infériorité qui, par essence, caractérise dans de telles circonstances la relation entre les premiers et les seconds. Le fait pour les victimes de savoir qu'un tel acte est illégal constitue un manquement déontologique et professionnel de la part de ces agents et – comme l'a pertinemment souligné la chambre dans son arrêt – est inacceptable, peut en outre susciter en elles un sentiment d'arbitraire, d'injustice et d'impuissance (sur la prise en compte de ce type de ressenti dans le contexte de l'article 3 de la Convention, voir, par exemple, *Petyo Petkov c. Bulgarie*, n° 32130/03, §§ 42 et 47, 7 janvier 2010).

107. Par ailleurs, les personnes placées en garde à vue ou même simplement conduites ou convoquées dans un commissariat pour un contrôle d'identité ou pour un interrogatoire – tels les requérants –, et plus largement les personnes qui se trouvent entre les mains de la police ou d'une autorité comparable, sont en situation de vulnérabilité. Les autorités ont en conséquence le devoir de les protéger (paragraphe 83-84 ci-dessus). En leur infligeant l'humiliation d'une gifle par l'un de leurs agents, elles méconnaissent ce devoir.

108. Le cas échéant, le fait que la gifle ait pu être infligée inconsidérément par un agent excédé par le comportement irrespectueux ou provocateur de la victime est à cet égard dénué de pertinence. La Grande Chambre ne partage donc pas l'approche de la chambre sur ce point. Comme la Cour l'a rappelé précédemment, même dans les circonstances les plus difficiles, la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines et traitements inhumains ou dégradants, quel que soit le comportement de la personne concernée (paragraphe 81 ci-dessus). Dans une société démocratique, les mauvais traitements ne constituent jamais une réponse adéquate aux problèmes auxquels les autorités sont confrontées. Spécialement en ce qui concerne la police, celle-ci « ne doit infliger, encourager ou tolérer aucun acte de torture, aucun traitement ou peine inhumains ou dégradants, dans quelque circonstance que ce soit » (Code européen d'éthique de la police, § 36; paragraphe 51 ci-dessus). Par ailleurs, l'article 3 de la Convention met à la charge des États parties l'obligation positive de former les agents de maintien de l'ordre de manière à garantir un degré élevé de compétence quant à leur comportement professionnel afin que personne ne soit soumis à un traitement contraire à cette disposition (*Davydov et autres*, précité, § 268).

109. Enfin, la Cour relève surabondamment que, né le 22 août 1986, le premier requérant avait dix-sept ans le 8 décembre 2003. Il était donc mineur au moment des faits. Or un mauvais traitement est susceptible d’avoir un impact – psychologique en particulier – plus important sur un mineur (voir, par exemple, *Rivas*, précité, § 42, et *Darraj c. France*, n° 34588/07, § 44, 4 novembre 2010) que sur un adulte. Plus largement, la Cour a de nombreuses fois souligné la vulnérabilité des mineurs dans le contexte de l’article 3 de la Convention. Tel fut le cas, par exemple, dans les affaires *Okkali c. Turquie* (n° 52067/99, CEDH 2006-XII), *Yazgül Yılmaz c. Turquie* (n° 36369/06, 1<sup>er</sup> février 2011) et *Iurcu c. République de Moldova* (n° 33759/10, 9 avril 2013). La nécessité de prendre en compte la vulnérabilité des mineurs est du reste clairement affirmée au plan international (paragraphe 52-53 ci-dessus).

110. La Cour souligne qu’il est essentiel que, lorsque, dans le cadre de l’exercice de leurs fonctions, les agents des forces de l’ordre sont en contact avec des mineurs, ils prennent dûment compte de la vulnérabilité inhérente au jeune âge de ces derniers (Code européen d’éthique de la police, § 44, paragraphe 51 ci-dessus). Un comportement de leur part à l’égard de mineurs peut, du seul fait qu’il s’agit de mineurs, être incompatible avec les exigences de l’article 3 de la Convention alors même qu’il pourrait passer pour acceptable s’il visait des adultes. Ainsi, lorsqu’ils ont affaire à des mineurs, les agents des forces de l’ordre doivent faire preuve d’une vigilance et d’une maîtrise de soi renforcées.

111. En conclusion, la gifle assénée aux requérants par des agents de police alors qu’ils se trouvaient sous leur contrôle dans le commissariat de Saint-Josse-ten-Noode, laquelle ne correspondait pas à une utilisation de la force physique rendue strictement nécessaire par leur comportement, a porté atteinte à leur dignité.

112. Les requérants ne faisant état que de lésions corporelles légères et ne démontrant pas avoir enduré de vives souffrances physiques ou mentales, ce traitement ne peut être qualifié ni d’inhumain ni, *a fortiori*, de torture. La Cour retient en conséquence qu’il y a eu traitement dégradant en l’espèce.

113. Partant, il y a eu violation du volet matériel de l’article 3 dans le chef de chacun des requérants.

## 2. Sur le volet procédural du grief

### a) Principes généraux

114. La Cour renvoie aux principes généraux tels qu’ils se trouvent énoncés notamment dans les arrêts *El-Masri* (précité, §§ 182-185) et *Mocanu et autres* (précité, §§ 316-326).

115. Il en ressort que, pour que l'interdiction générale de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants s'adressant notamment aux agents publics s'avère efficace en pratique, il faut qu'existe une procédure permettant d'enquêter sur les allégations de mauvais traitements infligés à une personne se trouvant entre leurs mains.

116. Ainsi, notamment, compte tenu du devoir général incombant à l'État en vertu de l'article 1 de la Convention de « reconna[ître] à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés définis [dans] la (...) Convention », les dispositions de l'article 3 requièrent par implication qu'une forme d'enquête officielle effective soit menée lorsqu'un individu soutient de manière défendable avoir subi, de la part notamment de la police ou d'autres services comparables de l'État, un traitement contraire à l'article 3.

117. Il s'agit essentiellement, au travers d'une telle enquête, d'assurer l'application effective des lois qui interdisent la torture et les peines et traitements inhumains ou dégradants dans les affaires où des agents ou organes de l'État sont impliqués et de garantir que ceux-ci aient à rendre des comptes au sujet des mauvais traitements survenus sous leur responsabilité.

118. D'une manière générale, pour qu'une enquête puisse passer pour effective, il faut que les institutions et les personnes qui en sont chargées soient indépendantes des personnes qu'elle vise. Cela suppose non seulement l'absence de lien hiérarchique ou institutionnel, mais aussi une indépendance concrète.

119. Quelles que soient les modalités de l'enquête, les autorités doivent agir d'office. De plus, pour être effective, l'enquête doit permettre d'identifier et de sanctionner les responsables. Elle doit également être suffisamment vaste pour permettre aux autorités qui en sont chargées de prendre en considération non seulement les actes des agents de l'État qui ont eu directement et illégalement recours à la force, mais aussi l'ensemble des circonstances les ayant entourés.

120. Bien qu'il s'agisse d'une obligation non pas de résultat mais de moyens, toute carence de l'enquête affaiblissant sa capacité à établir les circonstances de l'affaire ou l'identité des responsables risque de faire conclure qu'elle ne répond pas à la norme d'effectivité requise.

121. Une exigence de célérité et de diligence raisonnable en découle implicitement. S'il peut y avoir des obstacles ou des difficultés empêchant l'enquête de progresser dans une situation particulière, une réponse rapide des autorités lorsqu'il s'agit d'enquêter sur des allégations de mauvais traitements peut généralement être considérée comme essentielle pour préserver la confiance du public dans le respect du principe de légalité et éviter toute apparence de complicité ou de tolérance relativement à des actes illégaux.

122. La victime doit être en mesure de participer effectivement à l'enquête.

123. Enfin, l'enquête doit être approfondie, ce qui signifie que les autorités doivent toujours s'efforcer sérieusement de découvrir ce qui s'est passé et qu'elles ne doivent pas s'appuyer sur des conclusions hâtives ou mal fondées pour clore l'enquête.

**b) Application au cas d'espèce**

124. Selon la Cour, telles qu'exposées dans les plaintes déposées devant les autorités internes, les allégations des requérants d'après lesquels des membres du commissariat de Saint-Josse-ten-Noode leur avaient infligé un traitement contraire à l'article 3 de la Convention étaient défendables. Cette disposition obligeait donc lesdites autorités à mener une enquête effective.

125. Le Gouvernement soutient que la manière dont s'est déroulée l'enquête est satisfaisante au regard des critères jurisprudentiels rappelés ci-dessus.

126. La Cour ne partage pas cette analyse.

127. Elle constate que, à la suite de la constitution de partie civile des requérants, une instruction a été ouverte et les deux policiers mis en cause par ces derniers ont été inculpés d'avoir, à l'occasion de leurs fonctions, usé de violences envers des personnes et, notamment, volontairement fait des blessures ou porté des coups, et d'avoir exécuté un acte arbitraire et attentatoire aux libertés et aux droits garantis par la Constitution. L'instruction s'est déroulée en conformité avec les prescriptions légales, sous l'autorité d'un juge d'instruction. Elle était donc entre les mains d'une autorité indépendante. Par ailleurs, rien n'indique que les requérants n'ont pas été en mesure d'y participer.

128. Cependant, le juge d'instruction, qui semble n'avoir pris lui-même aucune mesure spécifique d'investigation, s'est limité à demander au service d'enquêtes du Comité P de prendre connaissance de la constitution de partie civile des requérants, d'entendre ceux-ci pour leur faire préciser les éléments de leur plainte, de réaliser un rapport sur le comportement de la famille Bouyid, de dresser la liste des dossiers ouverts à la charge de celle-ci et des plaintes déposées par elle et de préciser les suites données à ceux-ci. Il n'a ni procédé ni fait procéder à une confrontation entre les policiers en cause et les requérants, et n'a entendu ou fait entendre ni les médecins qui ont établi les certificats médicaux produits par les intéressés, ni la personne qui se trouvait avec le premier requérant lorsque l'agent A.Z. l'a interpellé dans la rue le 8 décembre 2003 (paragraphe 11 ci-dessus), ni le commissaire K., qui avait rencontré le second requérant chez lui le 23 février 2004, peu de temps après qu'il ait quitté le commissariat de Saint-Josse-ten-Noode

(paragraphe 26 ci-dessus). De telles mesures auraient pourtant pu contribuer à éclaircir les faits.

129. L'enquête s'est ainsi pour l'essentiel limitée à l'audition des policiers impliqués dans les faits par les policiers affectés au service d'enquêtes du Comité P et à la rédaction par ces derniers d'un rapport synthétisant des éléments recueillis également par des policiers (le service de contrôle interne de la zone de police incluant le quartier des requérants) et décrivant principalement « le comportement général » de la famille Bouyid.

130. Par ailleurs, le réquisitoire du procureur du Roi et l'ordonnance de la chambre du conseil du tribunal de première instance de Bruxelles qui a prononcé le non-lieu ne sont pas motivés en fait. Quant à la chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Bruxelles, elle s'est presque exclusivement fondée pour confirmer ce non-lieu sur le rapport susmentionné relatif au comportement de la famille Bouyid et sur les dénégations des inculpés, sans évaluer la crédibilité et la gravité de l'allégation des requérants selon laquelle ils avaient été giflés par les inculpés. Il faut d'ailleurs relever que son arrêt du 9 avril 2008, qui ne contient qu'une très brève référence au certificat médical produit par le second requérant, n'évoque même pas celui produit par le premier requérant.

131. Ces éléments tendent à indiquer que les juridictions d'instruction n'ont pas accordé toute l'attention requise aux allégations des requérants, pourtant étayées par les certificats médicaux qu'ils avaient versés au dossier, et à la nature de l'acte qui consiste pour un membre des forces de l'ordre à gifler une personne qui est entièrement livrée à lui.

132. Enfin, la Cour relève la durée singulière de l'instruction, pour laquelle le Gouvernement ne fournit aucune explication. Les faits se sont en effet produits le 8 décembre 2003 dans le cas du premier requérant et le 23 février 2004 dans celui du second requérant, et les intéressés ont déposé plainte devant le Comité P dès le 9 décembre 2003 et le 23 février 2004 respectivement, puis se sont constitués partie civile le 17 juin 2004. Or l'ordonnance de non-lieu n'a été prise que le 27 novembre 2007. Quant aux arrêts de la chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Bruxelles et de la Cour de cassation, ils ont été rendus le 9 avril 2008 et le 29 octobre 2008 respectivement. Presque cinq ans se sont ainsi écoulés entre la plainte du premier requérant et l'arrêt de cassation marquant la fin de l'instruction, et plus de quatre ans et huit mois dans le cas du second requérant.

133. Or, comme la Cour l'a souligné à d'autres occasions, s'il peut y avoir des obstacles ou des difficultés empêchant l'enquête de progresser dans une situation particulière, une réponse rapide des autorités lorsqu'il s'agit d'enquêter sur des allégations de mauvais traitements peut généralement être considérée comme essentielle pour préserver la confiance du public

dans le respect du principe de légalité et éviter toute apparence de complicité ou de tolérance relativement à des actes illégaux (voir, notamment, *McKerr c. Royaume-Uni*, n° 28883/95, § 114, CEDH 2001-III, et *Mocanu et autres*, précité, § 323).

134. Au vu de ce qui précède, la Cour estime que les requérants n'ont pas bénéficié d'une enquête effective. Elle conclut en conséquence à la violation du volet procédural de l'article 3 de la Convention.

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

135. 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

136. Comme devant la chambre, les requérants réclament ensemble 5 000 euros (EUR) pour le préjudice moral résultant de la violation du volet matériel de l'article 3 de la Convention, et 43 110 EUR pour celui résultant de la violation du volet procédural de cette disposition. Pour justifier ce dernier montant, ils indiquent que, née le 7 mars 2006 avec l'ordonnance de refus de devoirs complémentaires, la frustration qu'ils ont éprouvée face aux insuffisances de l'enquête a duré jusqu'au 14 novembre 2012 ; ils jugent adéquat de retenir pour chacun d'eux une indemnité de 15 EUR par jour pour la période allant jusqu'à l'arrêt de la Cour de cassation du 29 octobre 2008 (soit neuf cent cinquante-deux jours) et de 5 EUR par jour pour la période subséquente (soit mille quatre cent cinquante-cinq jours).

137. Le Gouvernement, qui n'a pas commenté ces demandes devant la Grande Chambre, avait indiqué dans ses observations devant la chambre laisser le montant susmentionné de 5 000 EUR à l'appréciation de la Cour. Il l'avait par ailleurs invitée à écarter l'évaluation pécuniaire que faisaient les requérants du dommage causé par la violation du volet procédural de l'article 3, qu'il jugeait déraisonnable et irréaliste. Il avait ajouté que, si la Cour devait estimer que la réhabilitation des requérants dans leurs droits par un constat de violation ne constituait pas une réparation suffisante, il convenait que le montant alloué à ce titre soit ramené à une juste proportion.

138. La Cour juge indéniable que les requérants ont subi un préjudice moral du fait de la violation du volet matériel et du volet procédural de l'article 3 de la Convention dont ils sont victimes. Statuant en équité, comme

le veut l'article 41 de la Convention, elle octroie à ce titre 5 000 EUR à chacun.

### **B. Frais et dépens**

139. Comme devant la chambre, les requérants demandent 4 088,71 EUR pour leurs frais et dépens devant les juridictions internes. Ils réclament en sus 25 167,04 EUR pour ceux relatifs à la procédure devant la Cour, soit 7 051,42 EUR pour les honoraires de M<sup>e</sup> Marchand et 18 115,62 EUR pour ceux de M<sup>e</sup> Chihaoui. Ils indiquent avoir convenu avec eux d'un tarif horaire de 85 EUR et 125 EUR respectivement. Ils précisent que M<sup>e</sup> Marchand leur a facturé trente-cinq heures pour la préparation de leur requête, environ treize heures pour la préparation de leur demande de renvoi devant la Grande Chambre et environ neuf heures pour la préparation de leur mémoire devant la Grande Chambre, et que M<sup>e</sup> Chihaoui leur a facturé cinquante et une heures pour la préparation de leurs observations devant la chambre, soixante-neuf heures pour la préparation de leur demande de renvoi devant la Grande Chambre et environ neuf heures pour la préparation de leur mémoire devant la Grande Chambre. Ils produisent divers documents à l'appui de ces demandes.

140. Le Gouvernement, qui n'a pas commenté ces demandes devant la Grande Chambre, avait indiqué dans ses observations devant la chambre que le taux horaire de 85 EUR lui semblait raisonnable. Il avait en revanche souligné que la consultation en sus d'un avocat travaillant au tarif horaire de 125 EUR lui paraissait redondante et avait en conséquence sollicité que ce poste soit écarté ou, à tout le moins, que l'on retienne également un tarif horaire de 85 EUR.

141. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant n'a droit au remboursement de ses frais et dépens qu'à condition que se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et, de plus, le caractère raisonnable de leur taux (voir, par exemple, *Jeunesse c. Pays-Bas* [GC], n° 12738/10, § 135, 3 octobre 2014). En l'espèce, compte tenu des pièces en sa possession et des critères exposés ci-dessus, la Cour juge raisonnable d'accorder 10 000 EUR aux requérants conjointement pour les frais et dépens qu'ils ont exposés devant les juridictions internes et devant la Cour.

### **C. Intérêts moratoires**

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

## PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par quatorze voix contre trois, qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention dans son volet matériel;
2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention dans son volet procédural;
3. *Dit*, par quinze voix contre deux,
  - a) que l'État défendeur doit verser, dans les trois mois, les sommes suivantes:
    - i. 5 000 EUR (cinq mille euros) à chaque requérant, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral,
    - ii. 10 000 EUR (dix mille euros) aux requérants conjointement, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par ceux-ci, pour frais et dépens;
  - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage;
4. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 28 septembre 2015.

Johan Callewaert  
Greffier adjoint

Dean Spielmann  
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion séparée des juges De Gaetano, Lemmens et Mahoney.

D.S.  
J.C.

## OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE DES JUGES DE GAETANO, LEMMENS ET MAHONEY

1. Nous souscrivons au constat de violation du volet procédural de l'article 3 de la Convention opéré par la majorité. À notre regret, nous ne pouvons toutefois nous rallier à la conclusion de la majorité selon laquelle le volet matériel de cette disposition a également été violé.

2. Nous tenons tout d'abord à préciser que nous approuvons les principes généraux rappelés par la majorité (paragraphe 81-90 du présent arrêt). Nous sommes également disposés à admettre, à l'instar de la majorité, qu'il y a lieu de conclure, en application des règles de preuve pertinentes dans le cas d'espèce, que les requérants ont reçu une gifle alors qu'ils se trouvaient entre les mains de la police (paragraphe 91-98 du présent arrêt)<sup>1</sup>.

C'est au sujet de la qualification, sous l'angle de l'article 3, du traitement infligé aux requérants que nous ne pouvons suivre la majorité (paragraphe 100-113 du présent arrêt).

3. Nous estimons, à l'instar de la chambre (paragraphe 50 de son arrêt) et de la majorité de la Grande Chambre (paragraphe 106 du présent arrêt), qu'il est contraire à la déontologie des policiers de frapper sans nécessité une personne qui se trouve sous leur contrôle. Par ailleurs, il ne serait que normal, dans une société démocratique, qu'un tel acte constitue aussi une faute civile et un délit.

Nous tenons à souligner le caractère inacceptable d'une gifle infligée par un policier (voir, dans le même sens, l'arrêt rendu par la chambre, § 51). Notre opinion dissidente ne saurait donc en aucune manière être interprétée comme impliquant la reconnaissance d'une quelconque immunité pour des policiers ni même une tolérance de ce qui s'est passé au commissariat de police de Saint-Josse-ten-Noode.

Mais la Cour n'a pas à donner des opinions fondées sur la déontologie ou sur le droit interne. La question qui nous occupe est celle, plus étroite, de savoir si le traitement inacceptable infligé aux requérants constitue un « traitement dégradant », et donc une violation non simplement des droits des requérants, mais de leurs droits fondamentaux tels que garantis par la Convention.

4. Nous sommes disposés à admettre, à l'instar de la majorité, que l'usage par la police de la force physique à l'égard d'une personne qui se trouve entre ses mains et dont le comportement ne rend pas strictement

---

1. Eu égard à la conclusion à laquelle nous parvenons, nous aurions toutefois pu laisser ouverte la question de l'établissement des faits, comme l'a fait la chambre (*Bouyid c. Belgique*, n° 23380/09, § 49, 21 novembre 2013).

nécessaire le recours à la force porte atteinte à la dignité humaine (paragraphe 88 et 100 du présent arrêt).

Pour parvenir à cette conclusion, nous n'avons pas besoin des longs développements sur la dignité humaine qui figurent tant dans la partie de l'arrêt relative aux textes, instruments et documents internationaux (paragraphe 45-47 du présent arrêt) que dans sa partie « En droit » (paragraphe 89-90 du présent arrêt). Nous nous demandons par ailleurs quelle est l'utilité pratique de ces développements, la majorité n'indiquant pas comment il faut comprendre la notion de dignité humaine. Ceux-ci se présentent comme voulant établir une doctrine, mais ils laissent en réalité le lecteur sans beaucoup de soutien.

5. Cela dit, faut-il admettre que toute atteinte à la dignité humaine constitue un traitement dégradant et donc une violation de l'article 3 ? Sans aller aussi loin, la majorité semble laisser entendre qu'une atteinte à la dignité humaine découlant de l'usage de la force par la police emporte nécessairement violation de l'article 3.

Nous estimons que la majorité s'écarte ainsi de la jurisprudence bien établie selon laquelle l'usage de la force physique, lorsqu'il porte atteinte à la dignité humaine, constitue « en principe » une violation de l'article 3. Cette jurisprudence est par ailleurs rappelée à deux reprises dans l'arrêt (au paragraphe 88, qui renvoie aux arrêts *Ribitsch c. Autriche*, 4 décembre 1995, § 38, série A n° 336, *Mete et autres c. Turquie*, n° 294/08, § 106, 4 octobre 2011, et *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], n° 39630/09, § 207, CEDH 2012, et au paragraphe 100). Nous estimons que l'utilisation du terme « en principe » implique l'existence d'exceptions, c'est-à-dire des atteintes à la dignité humaine qui n'emportent pas pour autant violation de l'article 3. Nous nous référons sur ce point à l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, dans lequel la Cour a considéré qu'il peut y avoir « des violences qui, bien que condamnables selon la morale et très généralement aussi le droit interne des États contractants, ne relèvent pourtant pas de l'article 3 de la Convention » (*Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 167, série A n° 25).

La raison en est qu'il y a des traitements qui, bien que portant atteinte à la dignité humaine, n'atteignent pas le minimum de gravité requis pour tomber sous le coup de l'article 3 (voir, par exemple, *Irlande c. Royaume-Uni*, précité, § 162, et, dans la jurisprudence récente, *El-Masri*, précité, § 196, *Svinarenko et Slyadnev c. Russie* [GC], n°s 32541/08 et 43441/08, § 114, CEDH 2014, et *Tarakhel c. Suisse* [GC], n° 29217/12, § 94, CEDH 2014).

6. La question principale que pose la présente affaire est celle de savoir si ce minimum a été atteint dans le cas des requérants.

La majorité rappelle en un premier temps que l'appréciation de ce minimum dépend de l'ensemble des données de la cause (paragraphe 86 du présent arrêt). Par la suite, elle ne se soucie toutefois plus des circonstances concrètes et se contente au contraire d'adopter une position éminemment dogmatique: toute conduite des forces de l'ordre qui porte atteinte à la dignité humaine constitue une violation de l'article 3, quel qu'en soit l'impact sur l'intéressé (paragraphe 101 du présent arrêt).

Nous estimons pour notre part que les circonstances concrètes sont essentielles. La Cour n'a pas à imposer des règles de conduite générales aux forces de l'ordre, mais doit se limiter à examiner la situation individuelle des requérants dans la mesure où ils se plaignent d'avoir été personnellement affectés par les traitements dénoncés par eux (voir, *mutatis mutandis*, *Lorsé et autres c. Pays-Bas*, n° 52750/99, § 62, 4 février 2003, *Van der Ven c. Pays-Bas*, n° 50901/99, § 50, CEDH 2003-II, et *Lindström et Mässeli c. Finlande*, n° 24630/10, § 41, 14 janvier 2014). Or certaines circonstances conduisent à relativiser la gravité des violences infligées aux requérants. Elles concernent notamment la durée des traitements, leurs effets physiques ou psychologiques, l'intention ou les motifs qui les ont inspirés, et leur contexte (voir les éléments jugés pertinents dans la jurisprudence de la Cour, rappelés au paragraphe 86 du présent arrêt). Comme la chambre l'a relevé, il s'agit en l'espèce dans les deux cas d'une gifle isolée, infligée inconsidérément par des policiers excédés par le comportement irrespectueux ou provocateur des requérants, dans le contexte d'un climat tendu entre les membres de la famille des requérants et les policiers de leur quartier, et dénuée de tout effet grave ou durable (arrêt de la chambre, § 51). Même si les traitements dénoncés sont inacceptables (voir le point n° 3 ci-dessus), nous n'arrivons pas à considérer qu'ils atteignent le seuil minimum de gravité requis pour entrer dans la catégorie des «traitements dégradants» au sens de l'article 3 de la Convention.

7. Nous craignons que l'arrêt n'impose un standard irréaliste en réduisant à néant l'exigence d'un seuil minimum de gravité pour des violences commises par des agents des forces de l'ordre. On aura beau exiger des policiers qu'ils se maîtrisent en toute circonstance, quel que soit le comportement de la personne avec laquelle ils ont affaire (paragraphe 108 du présent arrêt), cela n'empêchera pas la survenance d'incidents impliquant des personnes provocatrices à leur égard – comme en l'espèce – qui leur feront perdre leur sang-froid. Il incombera au juge national compétent de se prononcer, le cas échéant, sur la question du caractère éventuellement excusable de leur comportement. Conclure, comme le fait la majorité, que l'État est dans tous les cas responsable d'une violation des droits fondamentaux des victimes, notamment du fait d'un manquement à l'obligation de former les agents

« de manière à garantir un degré élevé de compétence » (paragraphe 108 du présent arrêt), nous semble témoigner d'une sous-estimation manifeste des difficultés diverses pouvant être rencontrées sur le terrain.

On ne saurait rétorquer à cela que l'interdiction de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants est absolue, quel que soit le comportement de la personne concernée (paragraphe 108 du présent arrêt). Nous tenons nous aussi au caractère absolu de cette interdiction. Celle-ci n'intervient toutefois qu'à partir du moment où il est établi qu'un traitement déterminé a atteint le seuil de gravité requis.

Par ailleurs, on peut penser que c'est entre autres le caractère absolu de l'interdiction imposée par l'article 3 qui a conduit la Cour à considérer que cet article n'est violé que dans les cas où le seuil a été atteint. La Cour rappelle régulièrement qu'elle est attentive à la gravité que revêt un constat selon lequel un État contractant a violé un droit fondamental (voir, notamment, *Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], nos 43577/98 et 43579/98, § 147, CEDH 2005-VII, *Mathew c. Pays-Bas*, n° 24919/03, § 156, CEDH 2005-IX, et *Géorgie c. Russie (I)* [GC], n° 13255/07, § 94, CEDH 2014). Cela est d'autant plus vrai pour un constat de violation de l'article 3, disposition qui consacre « l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques » (paragraphe 81 du présent arrêt) et qui impose aux États une interdiction absolue.

Il faut donc éviter de banaliser les constats de violation de l'article 3. La gravité de la situation dénoncée dans la présente affaire est loin d'atteindre celle des traitements infligés par des membres des forces de l'ordre dans bon nombre d'autres affaires dont la Cour a malheureusement à connaître. Quelle est alors encore la portée d'un constat de violation de l'article 3?<sup>2</sup>

8. La vulnérabilité de la victime est une circonstance qui peut entrer en ligne de compte pour l'appréciation de la gravité d'une atteinte à la dignité humaine. La majorité se réfère à cet égard, certes surabondamment, à la circonstance que le premier requérant était mineur au moment des faits (paragraphe 109-110 du présent arrêt).

Nous estimons que la Cour ne dispose pas d'éléments suffisants pour considérer l'âge du premier requérant comme un élément réellement pertinent en l'espèce. Le premier requérant n'en était pas à sa première confrontation avec la police. Il faisait par ailleurs partie d'une famille qui avait depuis des années des relations difficiles avec la police et qui avait déposé plusieurs plaintes contre des policiers. Se référer dans ces circonstances au

2. Une question qui n'a pas été débattue dans la présente affaire, mais qui surgira sans doute un jour, est celle de savoir si le standard rigoureux fixé par la majorité doit désormais être appliqué en cas d'extradition ou d'expulsion d'étrangers. L'article 3 s'opposerait-il à l'extradition ou à l'expulsion d'un étranger vers un pays où celui-ci risque d'être giflé (une fois) ?

seul âge de l'intéressé pour en déduire que celui-ci était une personne vulnérable, face à laquelle les policiers devaient « faire preuve d'une vigilance et d'une maîtrise de soi renforcées » (paragraphe 110 du présent arrêt), nous semble une approche trop théorique. La conclusion précitée risque d'être en contradiction totale avec la réalité.

9. En concluant à la violation du volet matériel de l'article 3, la majorité a voulu faire preuve d'une tolérance zéro à l'égard des policiers qui ont recours à la force physique alors que celle-ci n'est pas rendue strictement nécessaire par le comportement de la personne à laquelle ils sont confrontés. Cet objectif est en soi louable. Les violences policières sont inacceptables.

Nous aurions toutefois préféré, quant à l'appréciation des faits de l'affaire, une approche plus nuancée et plus attachée à la réalité. Pour les raisons développées ci-dessus, nous estimons que le traitement incriminé n'a pas atteint le seuil de gravité requis pour tomber sous le coup de l'article 3.



BOUYID v. BELGIUM  
*(Application no. 23380/09)*

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 28 SEPTEMBER 2015<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>**Slaps allegedly administered by police officers during questioning**

Any conduct by law-enforcement officers *vis-à-vis* an individual which diminishes human dignity constitutes a violation of Article 3. That applies in particular to their use of physical force against an individual where it is not made strictly necessary by his conduct, whatever the impact on the person in question (see paragraph 101 of the judgment).

**Article 3 (substantive aspect)**

*Degrading treatment – Slaps allegedly administered by police officers during questioning – No necessity for the use of such physical force – Infringement of human dignity – Special significance of a slap to the face – Humiliation of the slapped persons in their own eyes – Subjection to an unlawful act by police officers potentially causing a feeling of arbitrary treatment, injustice and powerlessness – Psychological impact on a minor*

**Article 3 (procedural aspect)**

*Effective investigation – Slaps allegedly administered by police officers during questioning – Length of the investigation*

\*

\* \*

*Facts*

The applicants, two brothers, one of whom was a minor at the material time, were questioned separately by the police regarding unconnected incidents. They each claimed to have been slapped once in the face by the police officers. They lodged complaints and claimed damages during the proceedings, unsuccessfully.

*Law*

(1) Article 3 (substantive aspect):

(a) *Establishment of the facts* – In order to benefit from a presumption of fact, individuals claiming to be the victims of a violation of Article 3 must demonstrate that they display traces of ill-treatment after having been under the control of the police or a similar authority.

The medical certificates provided by the applicants, which were drawn up on the day of the events just after they left the police station, mention erythema and bruising

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

as possible consequences of a slap to the face. Furthermore, it was not disputed that the applicants had not displayed such marks on entering the police station.

Finally, although throughout the domestic proceedings the police officers in question consistently denied having slapped the applicants, the latter equally consistently affirmed the opposite. Moreover, given the considerable shortcomings in the investigation, the veracity of the statements by the police officers could not be inferred from the mere fact that the investigation failed to produce evidence to the contrary. Nor is there any evidence to support the theory mentioned by the Government at the hearing, though not in the domestic courts, that the applicants might have slapped themselves in order to fabricate evidence against the police.

The Court therefore deemed the fact sufficiently established that the bruising described in the certificates provided by the applicants had occurred while they were under the control of the police at the station.

(b) *Classification of the treatment inflicted on the applicants* – The Government merely denied that the slaps had ever been administered. In fact, it transpired from the case file that each slap had been an impulsive act in response to an attitude perceived as disrespectful, which was certainly insufficient to establish the necessity of the use of such physical force. Consequently, the applicants' dignity had been undermined and there had therefore been a violation of Article 3 of the Convention. In any event, the Court emphasised that a slap inflicted by a law-enforcement officer on an individual who was entirely under his control constituted a serious attack on the individual's dignity.

A slap had a considerable impact on the person receiving it. A slap to the face affected the part of the person's body which expressed his individuality, manifested his social identity and constituted the centre of his senses – sight, speech and hearing – which were used for communication with others.

In the knowledge that it might well suffice that the victim was humiliated in his own eyes for there to be degrading treatment within the meaning of Article 3 of the Convention, even one unpremeditated slap devoid of any serious or long-term effect on the person receiving it may be perceived as humiliating by that person.

When the slap was inflicted by law-enforcement officers on persons under their control, it highlighted their relationship of superiority and inferiority. The fact that the victims knew that such an act was unlawful, constituting a breach of moral and professional ethics by those officers and also being unacceptable, could furthermore arouse in them a feeling of arbitrary treatment, injustice and powerlessness.

Furthermore, persons who were held in police custody or had even simply been taken or summoned to a police station for an identity check or questioning – as in the applicants' case – and more broadly all persons under the control of the police or a similar authority, were in a situation of vulnerability. The authorities, which were under a duty to protect them, flouted that duty in inflicting the humiliation of being slapped.

The fact that the slap might have been administered thoughtlessly by an officer exasperated by the victim's disrespectful or provocative conduct was irrelevant to the case. The Grand Chamber therefore departed from the Chamber's approach on that point. The Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the conduct of the person concerned. In a democratic society ill-treatment is never an appropriate response to problems facing the authorities. The police, specifically, should "not inflict, instigate or tolerate any act of torture or inhuman or degrading treatment or punishment under any circumstances" (European Code of Police Ethics). Furthermore, Article 3 of the Convention establishes a positive obligation on the State to train its law-enforcement officials in such a manner as to ensure their high level of competence in their professional conduct so that no one is subjected to torture or treatment contrary to that provision.

Lastly, the first applicant had been a minor at the material time. It was vital for law-enforcement officers who were in contact with minors in the exercise of their duties to take due account of the vulnerability inherent in their young age. Police behaviour towards minors could be incompatible with the requirements of Article 3 of the Convention simply because they were minors, whereas it might be deemed acceptable in the case of adults. Therefore, law-enforcement officers had to show greater vigilance and self-control when dealing with minors.

In conclusion, the slap administered to each of the applicants by the police officers while they had been under their control in the police station had not corresponded to recourse to physical force that had been made strictly necessary by their conduct, and had thus diminished their dignity.

Given that the applicants had referred only to minor bodily injuries and had not demonstrated that they had undergone serious physical or mental suffering, the treatment in question could not be described as inhuman or, *a fortiori*, torture. The Court therefore found that the case had involved degrading treatment.

*Conclusion:* violation (fourteen votes to three).

(2) Article 3 (procedural aspect): The investigating authorities had failed to devote the requisite attention to the applicants' allegations – despite their being substantiated by the medical certificates which they had submitted for inclusion in the case file – or to the nature of the act, involving a law-enforcement officer slapping an individual who had been entirely under his control. Moreover, the investigation had been unusually long. Almost five years had elapsed between the first applicant's complaint and the Court of Cassation judgment marking the close of the proceedings, and a period of over four years and eight months had elapsed in the second applicant's case. The applicants had therefore not had the benefit of an effective investigation.

*Conclusion:* violation (unanimously).

Article 41: 5,000 euros for each applicant in respect of non-pecuniary damage.

### Case-law cited by the Court

- Aksoy v. Turkey*, 18 December 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI  
*C.R. v. the United Kingdom*, 22 November 1995, Series A no. 335-C  
*Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, *Reports* 1996-V  
*Cobzaru v. Romania*, no. 48254/99, 26 July 2007  
*Darraj v. France*, no. 34588/07, 4 November 2010  
*Davydov and Others v. Ukraine*, nos. 17674/02 and 39081/02, 1 July 2010  
*Denisenko and Bogdanchikov v. Russia*, no. 3811/02, 12 February 2009  
*East African Asians v. the United Kingdom*, nos. 4403/70 and 30 others,  
 Commission's report of 14 December 1973, *Decisions and Reports* 78-A  
*Egmez v. Cyprus*, no. 30873/96, ECHR 2000-XII  
*El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*  
 [GC], no. 39630/09, ECHR 2012  
*Gäfgen v. Germany* [GC], no. 22978/05, ECHR 2010  
*Georgia v. Russia (I)* [GC], no. 13255/07, ECHR 2014  
*Georgiy Bykov v. Russia*, no. 24271/03, 14 October 2010  
*Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, Series A no. 25  
*Iurcu v. the Republic of Moldova*, no. 33759/10, 9 April 2013  
*Jalloh v. Germany* [GC], no. 54810/00, ECHR 2006-IX  
*Krastanov v. Bulgaria*, no. 50222/99, 30 September 2004  
*Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, ECHR 2000-XI  
*Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, ECHR 2000- IV  
*M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC], no. 30696/09, ECHR 2011  
*McKerr v. the United Kingdom* (dec.), no. 28883/95, 4 April 2000  
*McKerr v. the United Kingdom*, no. 28883/95, ECHR 2001-III  
*Mete and Others v. Turkey*, no. 294/08, 4 October 2011  
*Mocanu and Others v. Romania* [GC], nos. 10865/09 and 2 others, ECHR 2014  
*Okkali v. Turkey*, no. 52067/99, ECHR 2006-XII  
*Petyo Petkov v. Bulgaria*, no. 32130/03, 7 January 2010  
*Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, ECHR 2002-III  
*Ramirez Sanchez v. France* [GC], no. 59450/00, ECHR 2006-IX  
*Ribitsch v. Austria*, 4 December 1995, Series A no. 336  
*Rivas v. France*, no. 59584/00, 1 April 2004  
*S.A.S. v. France* [GC], no. 43835/11, ECHR 2014  
*S.W. v. the United Kingdom*, 22 November 1995, Series A no. 335-B  
*Salman v. Turkey* [GC], no. 21986/93, ECHR 2000-VII  
*Samüt Karabulut v. Turkey*, no. 16999/04, 27 January 2009  
*Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, ECHR 1999-V  
*Svinarenko and Slyadnev v. Russia* [GC],  
 nos. 32541/08 and 43441/08, ECHR 2014  
*Turan Cakir v. Belgium*, no. 44256/06, 10 March 2009  
*Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, Series A no. 26

*V. v. the United Kingdom* [GC], no. 24888/94, ECHR 1999-IX  
*Valašinas v. Lithuania*, no. 44558/98, ECHR 2001-VIII  
*Vasyukov v. Russia*, no. 2974/05, 5 April 2011  
*Yankov v. Bulgaria*, no. 39084/97, ECHR 2003-XII  
*Yazgül Yılmaz v. Turkey*, no. 36369/06, 1 February 2011



**In the case of Bouyid v. Belgium,**

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

Dean Spielmann, *President*,  
 Guido Raimondi,  
 Isabelle Berro,  
 Alvina Gyulumyan,  
 Ledi Bianku,  
 Nona Tsotsoria,  
 Nebojša Vučinić,  
 Vincent A. De Gaetano,  
 Paulo Pinto de Albuquerque,  
 Erik Møse,  
 Helen Keller,  
 Paul Lemmens,  
 Paul Mahoney,  
 Krzysztof Wojtyczek,  
 Faris Vehabović,  
 Egidijus Kūris,  
 Iulia Motoc, *judges*,

and Johan Callewaert, *Deputy Grand Chamber Registrar*,

Having deliberated in private on 8 October 2014 and 24 June 2015,

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

## PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 23380/09) against the Kingdom of Belgium, lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by two Belgian nationals, Mr Saïd Bouyid (“the first applicant”) and Mr Mohamed Bouyid (“the second applicant”), on 28 April 2009.

2. The applicants were represented by Mr C. Marchand and Mr Z. Chihaoui, lawyers practising in Brussels. The Belgian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr M. Tysebaert, Senior Adviser, Federal Justice Department.

3. Alleging, in particular, that they were both slapped by police officers while they were in a police station, the applicants complained of degrading treatment and argued that they were victims of a violation of Article 3.

4. The application was allocated to the Fifth Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). In a judgment delivered on 21 November 2013 a Chamber of that Section declared the application admissible in respect of the complaint under Article 3 of the Convention and the remainder inadmissible, and unanimously found that there had been no violation of Article 3. The Chamber was composed of Mark Villiger, President, Ann Power-Forde, Ganna Yudkivska, André Potocki, Paul Lemmens, Helena Jäderblom and Aleš Pejchal, judges, and Stephen Phillips, Deputy Section Registrar. On 24 January 2014, under Article 43 of the Convention, the applicants requested referral of the case to the Grand Chamber. A panel of the Grand Chamber acceded to this request on 24 March 2014.

5. The composition of the Grand Chamber was decided in accordance with Article 26 §§ 4 and 5 of the Convention and Rule 24.

6. Both the applicants and the Government submitted further observations on the merits (Rule 59 § 1).

7. The non-governmental organisation REDRESS and the Human Rights Centre of the University of Ghent were granted leave to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3).

8. A public hearing was held in the Human Rights Building, Strasbourg, on 8 October 2014 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Ms I. Niedlispacher,

*Co-Agent;*

(b) *for the applicants*

Mr C. Marchand,

Mr Z. Chihaoui,

*Counsel.*

The Court heard statements by Mr Marchand, Mr Chihaoui and Ms Niedlispacher, and the replies given by Mr Marchand and Ms Niedlispacher to the questions put by judges.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The applicants were born in 1986 and 1979 respectively and live in Saint-Josse-ten-Noode (a district of the Brussels-Capital region).

10. The applicants are brothers who live with their parents, their brother and two sisters next to the local police station of Saint-Josse-ten-

Noode. They both complained that they had been slapped in the face by police officers – which allegation is disputed by the Government – one on 8 December 2003 and the other on 23 February 2004. They submitted that those events had taken place against a background of tense relations between their family and certain officers in the police station.

### **A. Events of 8 December 2003 and 23 February 2004**

#### *1. The events of 8 December 2003*

11. The applicants submitted that on 8 December 2003, at around 4 p.m., the first applicant had been standing with a friend in the street outside the door of the building where he lived with his family and, since he had forgotten his keys, had been ringing the bell so that his parents would let him in, when a plain-clothes policeman, A.Z., had asked him to show him his identity card. The first applicant had refused to comply, asking the officer to show him his credentials. The officer had then grabbed him by his jacket – tearing it – and taken him to the police station. The first applicant had been placed in a room and, while he was alone with A.Z., the officer had slapped him in the face as he was protesting about his arrest.

12. The applicants provided a certificate issued at 7.20 p.m. on the same day by a general practitioner attesting that the first applicant had been “in a state of shock” and had presented the following injuries: “erythema on the left cheek (disappearing)” and “erythema on the left-side external auditory canal”.

13. The Government submitted that, on account of the first applicant’s refusal to show him his identity card, Officer A.Z. had had no choice but to take him to the police station for identification. The first applicant had then caused a scene, claiming to have suffered an injustice and been subjected to an unlawful identity check, and had insulted an officer who was telling him to calm down. He had been allowed to leave the police station once his identity had been verified and after being informed by A.Z. that a police report would be filed against him for forceful resistance to a public officer, abusive behaviour and verbal threats. He had returned to the police station a few minutes later with his parents, accusing A.Z. of having struck him, but the officer had always denied this.

14. At 6 p.m. A.Z. had lodged a criminal complaint against the first applicant, alleging forceful resistance to a public officer, abusive behaviour and verbal threats. The record drawn up on that occasion showed that A.Z. had notified his superiors of the events at 5.30 p.m., as well as a certain Superintendent K.

## *2. The events of 23 February 2004*

15. The applicants indicated that on 23 February 2004, between 9.44 a.m. and 10.20 a.m. (as shown by the record of the second applicant's questioning), while the second applicant was at the Saint-Josse-ten-Noode police station and Officer P.P. was interviewing him about an altercation involving him and his mother together with a third party (and about which the latter had filed a complaint), P.P. had slapped him in the face after asking him not to lean on his desk. He had then forced him to sign his statement by threatening to put him in a cell.

16. The applicants provided a medical certificate issued on the same day by a general practitioner, who observed "bruising [on the] left cheek" of the second applicant. The certificate did not specify the time at which it had been drawn up, although it must have been before 11.20 a.m., the time at which it was presented to the Standing Committee for the oversight of police services (known as "Committee P" – see paragraph 25 below).

17. The Government explained that the second applicant had been very arrogant during his interview: slouching in his chair, leaning casually on P.P.'s desk, laughing without any reason and giving pithy answers to questions. He had also had his statement changed several times, saying that the police were paid to do that, and had threatened the officers on leaving by shouting that they would be hearing from him again. The Government emphasised that, in spite of the attitude shown by the second applicant, who had clearly been intent on conflict, P.P. had remained calm and patient.

### **B. Background to the events**

18. In the applicants' submission, their family had been harassed by the Saint-Josse-ten-Noode police force. They stated that the problems had begun in 1999, when one of the officers had suspected N. of deliberately scratching his car. N. had subsequently been charged with threatening the same officer and committing robberies, on which charges he had been acquitted by the Brussels Youth Court on 21 April 2000. According to the applicants, the case against him had been entirely fabricated by members of the Saint-Josse-ten-Noode police force by way of reprisal.

19. They added that on 24 June 1999 the first applicant, then aged 13, had been "beaten" by another police officer in the police station, where he had been taken following a fight in the street. He had sustained a perforated eardrum. His mother and one of his sisters, who had been in the waiting room, had been shaken and manhandled by police officers.

20. On 25 November 1999 one of their sisters had been verbally abused by an officer of the Saint-Josse-ten-Noode police force, and on 11 March

2000 their brother, N., had been searched, jostled and verbally abused by police officers.

21. They further stated that in 2000 a “case ... initiated by the Saint-Josseten-Noode police force had been opened against N. and entrusted to an investigating judge”, but the proceedings had been discontinued. In the same year the second applicant had been “wanted for questioning” and, even though the Saint-Josseten-Noode police force had announced on 23 July 2002 that he was being taken off the relevant “wanted” list, he had still had to make various applications to the prosecutor’s office and wait until March 2005 for the process to be completed, causing him a great deal of inconvenience.

22. On 6 April 2001 and 12 July 2001 respectively, N. and the second applicant had been verbally abused by officers of the Saint-Josseten-Noode police force.

23. The applicants explained that they had systematically reported to the judicial authorities or police all the incidents of which they had been victims, and had filed complaints.

**C. Complaints concerning the events of 8 December 2003 and 23 February 2004, civil-party application, judicial investigation and decision to discontinue proceedings**

24. At 9.42 a.m. on 9 December 2003 the first applicant filed a complaint with Committee P and was interviewed by a member of the investigation department. A copy of the medical certificate drawn up the previous day was appended to the initial record.

25. The second applicant followed suit at 11.20 a.m. on 23 February 2004. He indicated in particular that he considered that the “general attitude of the Saint-Josseten-Noode police force *vis-à-vis* [his] family [had become] absolutely intolerable and excessive to the point [where they had envisaged] moving house”. A copy of the medical certificate drawn up the same day was appended to the initial record.

26. The applicants’ mother was also interviewed on 23 February 2004 by the investigation department of Committee P in relation to the second applicant’s complaints. She pointed out that as soon as they had returned home she had called Superintendent K. (see paragraph 14 above) to ask him to persuade P.P. to apologise. Superintendent K. had immediately come to their house, where he had found himself in the company of the physician who had drawn up the medical certificate. The applicants’ mother also filed a complaint, indicating, moreover, that she herself had been treated with scant respect by Officer P.P.

27. On 5 May 2004 Officer P.P. was interviewed by the director of internal oversight of the local police force in relation to the complaints by the second applicant and his mother. P.P. stated in particular that the second applicant had been particularly disrespectful towards him during his interview and that, although he had grabbed the youth by the arm to make him leave the office, he had not slapped him in the face.

28. On 17 June 2004 the applicants applied to intervene as civil parties in respect of charges of harassment, arbitrary interference with fundamental freedoms, abuse of authority, arbitrary arrest and wounding with intent. They gave an overview of all their difficulties with the Saint-Josse-ten-Noode police force, and expressly stated that they wished to intervene as civil parties in relation to the events of 8 December 2003 and 23 February 2004.

29. Officers A.Z. and P.P. were charged with using violence against individuals in the course of their duties and, in particular, with intentional wounding or assault, and with engaging in arbitrary acts in breach of the rights and freedoms guaranteed by the Constitution.

30. On 26 June 2004 an investigating judge of the Brussels Court of First Instance gave directions to the investigation department of Committee P asking it to take note of the applicants' civil-party application, to interview them in order to ascertain the details of their complaint, to draft a report on the conduct of the Bouyid family, to draw up a list of the cases brought against them and complaints filed by them, and to explain what action had been taken in that connection.

31. Having regard to the fact that it had already taken testimony from the applicants when they had filed their respective complaints (see paragraphs 24-25 above), the investigation department of Committee P decided not to interview them again. On 26 July 2004 it forwarded a report to the investigating judge, based on the documents from the internal oversight department of the police district covering Saint-Josse-ten-Noode, describing developments in the relations between the applicants' family and the local police force. The report then listed the cases against the family, noting in this connection that the first applicant had been implicated in proceedings opened in December 2003 for abusive and threatening behaviour and for obstructing a police officer, and N. in seven sets of proceedings opened between October 1997 and June 1999. It then noted that, in addition to the applicants' complaints in issue in the present case, three judicial complaints had been filed by members of their family (two with Committee P, in June 1999 and July 2001, and one with the "Youth Division" in 1999) and two complaints had been dealt with by the internal oversight department of the police district covering Saint-Josse-ten-Noode. Lastly, citing a report drawn

up in the context of a case against the first applicant and the findings of administrative inquiries, it noted the problematic nature of the relations between the local police and the Bouyid family and commented on the “general behaviour” of the latter, observing as follows.

“In sum, according to the police officers, the Bouyid family (especially the women and the mother in particular) apparently refuse to admit that the children of the family bear any responsibility for the abusive conduct in question. The children are thus supported in their behaviour by this protective attitude. More generally, the family members are said to behave aggressively and provocatively towards the police.

Following the incidents involving police officer [B.], a dialogue facilitator apparently failed in an attempt at reconciliation, owing to an intransigent attitude on the part of the women in the Bouyid family.

In 1999 and 2000 the situation required the appointment of a police cadet as a mediator for this family.”

32. On 3 August 2004 the investigating judge decided to close the investigation and sent the file to the prosecuting authorities.

33. On 16 November 2004 Officer A.Z. was interviewed by a member of the investigation department of Committee P about the events of 8 December 2003. He stated in particular that he had not previously known the first applicant when he had taken him to the Saint-Josse-ten-Noode police station that particular day.

34. In an application of 10 November 2005, the Crown Prosecutor called for the discontinuance of the case on the ground that “the judicial investigation [had] not established that the facts constituted a serious or petty offence and [had] not adduced any evidence that would justify the taking of further measures”.

35. The applicants were informed that the case file would be finalised before the Committals Division of the Brussels Court of First Instance on 2 March 2006. On 1 March 2006 they sent an application to the investigating judge seeking twenty additional investigative measures. That request resulted in the adjournment *sine die* of the case before the Committals Division.

36. On 7 March 2006 the investigating judge ordered two of the requested measures and rejected the remainder of the application on the grounds that it concerned facts that predated the events referred to him and that the measures sought were not necessary for establishing the truth. Consequently, recapitulating all their complaints against the Saint-Josse-ten-Noode police force, the applicants and other members of their family sent the investigating judge a request for an “extension of civil-party status”, but it was rejected. The two additional measures were put into effect on 25 April, 15 May and 24 May 2006.

37. In an order of 27 November 2007, the Committals Division, endorsing the grounds set out in the Crown Prosecutor's application, discontinued the proceedings.

38. The applicants appealed against that order.

39. In an application of 3 December 2007, the Principal Crown Prosecutor requested that the discontinuance order be upheld.

40. On 5 February 2008 the applicants and other members of their family filed a complaint as civil parties in respect of all the facts that the investigating judge had considered not to have been referred to him (see paragraphs 43-44 below).

41. On 9 April 2008 the Indictments Division of the Brussels Court of Appeal, after refusing to join the case concerning the events of 8 December 2003 and 23 February 2004 to the new case that had been opened after the civil-party complaint of 5 February 2008, upheld the discontinuance order in a judgment that read as follows.

“...

The facts of the case can be summarised as follows:

– On 8 December 2003 the defendant [A.Z.] is alleged to have engaged in illegal police conduct against the civil party Saïd Bouyid, described by the latter as follows: police officer [A.Z.], on stopping him outside his house, allegedly grabbed him by his jacket and tore it; he was then taken to the police station close by, where the same officer allegedly slapped him on the face with his right hand.

– On 23 February 2004 the defendant [P.P.] is alleged to have engaged in illegal police conduct against the civil party Mohamed Bouyid, described by the latter as follows: on stopping his car in front of his house so that his mother could take out her shopping, he had a row with the driver of the car behind; he was summoned to the police station following a complaint by that driver; during the interview, Mohamed Bouyid was allegedly slapped by the defendant [P.P.] (see the medical certificate issued by Dr ...), who threatened to put him in a cell if he did not sign his statement, when in fact he wanted to change it.

– The Bouyid family have apparently encountered great difficulties with certain members of the Saint-Josse-ten-Noode police force since March 1999, when police officer [B.] suspected [N.] Bouyid of having scratched his car, giving rise to a certain degree of tension and to persecution of this family by the police.

– There is said to be constant provocation on the part of the police of Saint-Josse-ten-Noode making the life of the Bouyid family unbearable.

Both the police's internal oversight department for the police district [concerned] and the investigation department of Committee P conducted an in-depth investigation into the facts complained of by the civil parties.

It transpires from all the findings of the judicial investigation, and in particular from the inconsistent statements of the parties in question, that there is no evidence against the defendants such as to justify their committal on the charges listed in the submissions of the Principal Crown Prosecutor, in respect of the period in which the offences were said to have been committed.

The statements of the defendants, who deny the charges, are consistent; it is appropriate in this connection to refer to the detailed report concerning the general conduct of the civil parties' family drawn up by Committee P, which sheds light on the general context of the case.

The civil parties have not adduced before the court, sitting as the Indictments Division, any new, relevant and convincing information not previously brought to the attention of the court below and capable of revealing the slightest evidence against the defendants that might justify their committal for trial.

Moreover, the judicial investigation did not bring to light sufficient evidence to show that a criminal offence had been committed by the defendants at the time of the incidents in which they were allegedly implicated.

In addition, it does not appear from the case file that the provisions of section 37 of the Law of 5 August 1992 on police duties have not been complied with.

As emphasised by the submissions of both the Crown Prosecutor of 10 November 2005 and those of the Principal Crown Prosecutor, and by the decision of the Committals Division, the facts of the present case do not constitute a serious or petty criminal offence.

..."

42. An appeal on points of law lodged by the applicants – relying in particular on Articles 3, 6 and 13 of the Convention – was dismissed on 29 October 2008 by the Court of Cassation.

#### **D. The civil-party complaint concerning events prior to those of 8 December 2003 and 23 February 2004**

43. On 5 February 2008 six members of the Bouyid family, including the two applicants, had filed a civil-party complaint with an investigating judge of the Brussels Court of First Instance concerning all their accusations against the Saint-Josse-ten-Noode police officers, in particular relating to facts that predated the events of 8 December 2003 and 23 February 2004.

44. The civil-party complaint led to the appearance of six officers before the Brussels Court of First Instance, hearing the case on the merits. In a judgment of 30 May 2012, the court declared that the prosecution of the relevant offences was time-barred. It does not appear from the file that an appeal was lodged against that judgment.

## II. INTERNATIONAL TEXTS, INSTRUMENTS AND DOCUMENTS

### A. The concept of dignity

45. The Preamble to the 26 June 1945 Charter of the United Nations affirms the determination of the peoples of the United Nations “to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small”. The concept of dignity is also mentioned in the Universal Declaration of Human Rights of 10 December 1948, the Preamble to which states that “recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world”, and Article 1 of which provides that “all human beings are born free and equal in dignity and rights”.

46. Many subsequent international human rights texts and instruments refer to this concept, including:

(a) the UN Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination of 20 November 1963, which “solemnly affirms the necessity of speedily eliminating racial discrimination throughout the world, in all its forms and manifestations, and of securing understanding of and respect for the dignity of the human person”, and the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination of 21 December 1965 (ratified by Belgium), the Preamble to which refers to that Declaration;

(b) the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 16 December 1966 (both ratified by Belgium), the Preamble to which states that the equal and inalienable rights of all members of the human family “derive from the inherent dignity of the human person”. Furthermore, Article 10 of the former provides that “all persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person”, and Article 13 of the latter states that the “States Parties ... recognize the right of everyone to education ... [and] agree that education shall be directed to the full development of the human personality and the sense of its dignity, and shall strengthen the respect for human rights and fundamental freedoms ...”;

(c) the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women of 18 December 1979 (ratified by Belgium), the Preamble to which emphasises in particular that discrimination against women “violates the principles of equality of rights and respect for human dignity”;

(d) the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 10 December 1984 (ratified by Belgium), the Preamble to which points out that the “equal and inalienable

rights of all members of the human family ... derive from the inherent dignity of the human person”;

(e) the Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989 (ratified by Belgium), the Preamble to which states that “the child should be fully prepared to live an individual life in society, and brought up in the spirit of the ideals proclaimed in the UN Charter, and in particular in the spirit of peace, dignity, tolerance, freedom, equality and solidarity” (see also Articles 23 § 1, 28 § 2, 37, 39 and 40 § 1);

(f) the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (Articles 19 § 2 and 24 § 5 (c)) (ratified by Belgium);

(g) the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (ratified by Belgium), the Preamble to which states that “discrimination against any person on the basis of disability is a violation of the inherent dignity and worth of the human person”, and the aims of which include promoting respect for the “inherent dignity” of persons with disabilities (Article 1), this being also one of its general principles (Article 3 (a)) (see also Articles 8 (a), 16 § 4, 24 § 1 and 25);

(h) the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights on the abolition of the death penalty of 15 December 1989 (ratified by Belgium), the Preamble to which expresses the conviction that “abolition of the death penalty contributes to enhancement of human dignity and progressive development of human rights”;

(i) the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure of 19 December 2011 (ratified by Belgium), the Preamble to which reaffirms “the status of the child as a subject of rights and as a human being with dignity and with evolving capacities”;

(j) the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 10 December 2008 (ratified by Belgium) and the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women of 6 October 1999 (ratified by Belgium).

47. Several regional human rights texts and instruments also refer to the concept of dignity, including the following:

(a) the American Convention on Human Rights of 22 November 1969 (Articles 5 § 2, 6 § 2 and 11 § 1);

(b) the Final Act of the Helsinki Conference on Security and Cooperation in Europe of 1 August 1975, which stipulates that the States “will promote and encourage the effective exercise of civil, political, economic, social, cultural and other rights and freedoms all of which derive from the inherent dignity of the human person and are essential for his free and full development” (Principle VII);

(c) the African Charter on Human and Peoples' Rights of 27 June 1981, Article 5 of which lays down that “[e]very individual shall have the right to the respect of the dignity inherent in a human being and to the recognition of his legal status”;

(d) the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine of 4 April 1997 (which Belgium has not signed), the Preamble to which affirms, *inter alia*, “the need to respect the human being both as an individual and as a member of the human species and ... the importance of ensuring [his] dignity”;

(e) the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 7 December 2000, the Preamble to which affirms that being “[c]onscious of its spiritual and moral heritage, the Union is founded on the indivisible, universal values of human dignity, freedom, equality and solidarity”, and Article 1 of which states that “[h]uman dignity is inviolable [and] must be respected and protected” (see also Article 31 on “Fair and just working conditions”);

(f) Protocol No. 13 to the European Convention on Human Rights concerning the abolition of the death penalty in all circumstances of 3 May 2002 (ratified by Belgium), the Preamble to which points out that the abolition of the death penalty is essential for the protection of everyone’s right to life and for the full recognition of the “inherent dignity of all human beings”;

(g) the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings of 16 May 2005 (ratified by Belgium), the Preamble to which emphasises that “trafficking in human beings constitutes a violation of human rights and an offence to the dignity and the integrity of the human being” (see also Articles 6 and 16).

**B. Documents of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)**

48. In a document entitled “CPT standards” (CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2015), the CPT stated the following.

“97. Bearing in mind its preventive mandate, the CPT’s priority during visits is to seek to establish whether juveniles deprived of their liberty have been subjected to ill-treatment. Regrettably, deliberate ill-treatment of juveniles by law-enforcement officials has by no means been eradicated and remains a real concern in a number of European countries. CPT delegations continue to receive credible allegations of detained juveniles being ill-treated. The allegations often concern kicks, slaps, punches or blows with batons at the time of apprehension (even after the juvenile concerned

has been brought under control), during transportation or subsequent questioning in law-enforcement establishments. It is also not uncommon for juveniles to become victims of threats or verbal abuse (including of a racist nature) whilst in the hands of law-enforcement agencies.

...

126. ... In a number of [juvenile detention centres] visited by the CPT, it was not uncommon for staff to administer a so-called ‘pedagogic slap’ or other forms of physical chastisement to juveniles who misbehaved. In this regard, the CPT recalls that corporal punishment is likely to amount to ill-treatment and must be strictly prohibited.”

The CPT also noted the following in its ninth general activity report (CPT/Inf (99) 12), dated 30 August 1999:

“24. In a number of other establishments visited [where juveniles were deprived of their liberty], CPT delegations have been told that it was not uncommon for staff to administer the occasional ‘pedagogic slap’ to juveniles who misbehaved. The Committee considers that, in the interests of the prevention of ill-treatment, all forms of physical chastisement must be both formally prohibited and avoided in practice. Inmates who misbehave should be dealt with only in accordance with prescribed disciplinary procedures.”

49. In its report to the Belgian Government on its visit to Belgium from 18 to 27 April 2005 (CPT/Inf (2006) 15, 20 April 2006) the CPT stated, among other things.

“11. On the basis of all the information obtained during the visit, the CPT has come to the conclusion – as it did following its first three visits to Belgium – that the risk of a person being ill-treated by law-enforcement officers while in detention cannot be dismissed. Accordingly, the CPT recommends that the Belgian authorities continue to be vigilant in this area and make a special effort in the case of juveniles who have been deprived of their liberty.

The CPT further recommends that law-enforcement officers be given an appropriate reminder at regular intervals that any form of ill-treatment of persons deprived of their liberty – including insults – is unacceptable, that any information regarding alleged ill-treatment will be properly investigated, and that anyone responsible for such treatment will be severely punished.

12. More specifically, concerning allegations of ill-treatment by law-enforcement officers when arresting a suspect, the CPT has repeatedly noted that this process undeniably represents a difficult and dangerous task at times, in particular when the person concerned resists or the law-enforcement officers have good reason to believe that the person poses an imminent threat. However, the use of force when making an arrest must be kept to what is strictly necessary; furthermore, there can never be any justification for striking apprehended persons once they have been brought under control.”

The CPT's report on its visit to Belgium from 28 September to 7 October 2009 (CPT/Inf (2010) 24, 23 July 2010) contains the following passage in particular:

“13. In the course of its visits to police stations, the CPT delegation met only a few people who were deprived of their liberty. Nevertheless, while visiting prisons, it met a large number of people who had recently been in police custody.

The majority of the detainees who spoke to the delegation did not report any instances of deliberate physical ill-treatment during their time in police custody. However, the delegation heard a limited number of allegations of excessive use of force (such as blows inflicted after the person had been brought under control, or excessively tight handcuffing) in the course of an arrest (particularly in Brussels, Charleroi and Marcinelle). As the CPT has often acknowledged, arresting a suspect is undeniably a difficult and dangerous task at times, in particular when the person concerned resists or the police have good reason to believe that the person poses an imminent threat. Nevertheless, the CPT recommends that police officers be reminded that when making an arrest, the use of force must be kept to what is strictly necessary; furthermore, there can never be any justification for striking apprehended persons once they have been brought under control.”

### **C. The European Code of Police Ethics**

50. In its Recommendation Rec(2001)10 on the European Code of Police Ethics adopted on 19 September 2001, the Committee of Ministers of the Council of Europe stated its conviction that

“public confidence in the police is closely related to their attitude and behaviour towards the public, in particular their respect for the human dignity and fundamental rights and freedoms of the individual as enshrined, in particular, in the European Convention on Human Rights”.

It recommended that the governments of member States be guided in their internal legislation, practice and codes of conduct of the police by the principles set out in the European Code of Police Ethics appended to the Recommendation, with a view to their progressive implementation and the widest possible circulation of the text.

51. The Code states in particular that one of the main purposes of the police is to protect and respect the individual's fundamental rights and freedoms as enshrined, in particular, in the Convention (paragraph 1). In the section on “Guidelines for police action/intervention” it stipulates that “[t]he police shall not inflict, instigate or tolerate any act of torture or inhuman or degrading treatment or punishment under any circumstances” (paragraph 36) and that they “may use force only when strictly necessary and only to the extent required to obtain a legitimate objective” (paragraph 37). Furthermore, “in carrying out their activities, [they] shall always bear in mind everyone's fundamental rights” (paragraph 43) and “police personnel

shall act with integrity and respect towards the public and with particular consideration for the situation of individuals belonging to especially vulnerable groups” (paragraph 44).

#### **D. Vulnerability of minors**

52. The Preamble to the International Convention on the Rights of the Child (“child” being defined in Article 1 as being “every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier”) of 20 November 1989 (ratified by Belgium) refers to the above-mentioned declarations and emphasises that the need to afford special protection to the child has been recognised in the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights (particularly in Articles 23 and 24), the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (particularly in Article 10) and the relevant statutes and instruments of the specialised institutions and international organisations concerned with child welfare.

53. Several subsequent international and regional texts are based on recognition of the need to take account of the vulnerability of minors. For instance, the Preamble to the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse of 25 October 2007 (ratified by Belgium) states that “every child has the right to such measures of protection as are required by his or her status as a minor, on the part of his or her family, society and the State”, the child being defined as “any person under the age of 18 years” (Article 3 (a)). Reference might also be made to Recommendation CM/Rec(2008)11 on the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures and Recommendation CM/Rec(2009)10 on integrated national strategies for the protection of children from violence, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 5 November 2008 and 18 November 2009 respectively. The former instrument emphasises the extreme vulnerability of juveniles deprived of their liberty (Appendix to the Recommendation, § 52.1). The latter emphasises that “children’s fragility and vulnerability and their dependence on adults for the[ir] growth and development call for greater investment in the prevention of violence and protection of children on the part of families, society and the State”. Very recently the CPT highlighted the particular vulnerability of juveniles in the context of detention (24th General Report of the CPT, 2013-2014 (CPT/Inf (2015) 1), January 2015 – see paragraph 3 and, under “Juveniles deprived of their liberty under criminal legislation”, paragraphs 98 and 99).

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 3 OF THE CONVENTION

54. The applicants alleged that police officers had slapped them in the face while they were in the Saint-Josse-ten-Noode police station. They claimed to have been victims of degrading treatment. They further complained that the investigation into their complaints had been ineffective, incomplete, biased and excessively long. They relied on Articles 3, 6 § 1 and 13 of the Convention, the first of which reads as follows:

“No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.”

55. Reiterating that the Court was master of the characterisation to be given in law to the facts of the case and finding that these complaints covered the same ground, the Chamber found it appropriate to examine the applicants' allegations solely under Article 3 of the Convention. The Grand Chamber agrees with this approach. It will therefore proceed in the same manner.

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

56. In its judgment the Chamber referred to the principles emerging from the Court's case-law on Article 3 of the Convention. It referred in particular to the principle that where the events in issue lay wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities, as in the case of persons within their control in custody, strong presumptions of fact would arise in respect of injuries occurring during such detention. It was then for the Government to provide a satisfactory and convincing explanation by producing evidence establishing facts which cast doubt on the account of events given by the victim. The Chamber also referred to the principle that where an individual was deprived of liberty or, more generally, was confronted with law-enforcement officers, any recourse to physical force which had not been made strictly necessary by the person's own conduct diminished human dignity and was in principle an infringement of the right set forth in Article 3. It further referred to the principle that in order for ill-treatment to fall within the scope of Article 3 it had to attain a minimum level of severity. Furthermore, some forms of violence, although they might be condemned on moral grounds and also very broadly under the domestic law of the Contracting States, would not fall within Article 3. The Chamber further noted that the Government had disputed the fact that the applicants had been slapped by police officers, and had submitted that the medical certificates provided did not establish that the injuries recorded had been

caused by such slaps. It nevertheless found it pointless to rule on the veracity or otherwise of the applicants' allegations, considering that, even supposing that they were proved, the acts complained of by the applicants would not, in the circumstances of the case, constitute treatment in breach of Article 3 of the Convention. The Chamber concluded as follows (§ 51):

“... [E]ven supposing that the slapping took place, in both cases it was an isolated slap inflicted thoughtlessly by a police officer who was exasperated by the applicants' disrespectful or provocative conduct, without seeking to make them confess. Moreover, there was apparently an atmosphere of tension between the members of the applicants' family and police officers in their neighbourhood. In those circumstances, even though one of the applicants was only 17 at the time and whilst it is comprehensible that, if the events really took place as the applicants described, they must have felt deep resentment, the Court cannot ignore the fact that these were one-off occurrences in a situation of nervous tension and without any serious or long-term effect. It takes the view that acts of this type, though unacceptable, cannot be regarded as generating a sufficient degree of humiliation or debasement for a breach of Article 3 of the Convention to be established. In other words, in any event, the above-mentioned threshold of severity has not been reached in the present case, such that no question of a violation of that provision, under either its substantive or its procedural head, arises.”

## **B. The parties' submissions**

### *1. The applicants*

57. As regards the substantive aspect of Article 3, the applicants complained that the Chamber had departed from the principles established by the Grand Chamber. They submitted that the Chamber had omitted to apply the presumptions of causality and severity involved in cases of violence against persons who had been deprived of their liberty or were under the control of the police. In such cases there was a presumption of a causal link between the marks left by blows and their imputability to the police, which could be rebutted by reasonable explanations from the alleged perpetrators. If that was not the case, the second presumption came into play where the victim was deprived of his or her liberty: since the use of physical force inherently infringed human dignity, any such act was presumed to be serious and incompatible with Article 3, although the alleged perpetrator could rebut that presumption by arguing that the use of force had been strictly necessary in the light of the victim's behaviour. The applicants submitted that the Court could only examine the severity of the act “on a subsidiary basis” in determining whether it should be classified as “torture” or “inhuman or degrading treatment”.

58. The applicants stressed that medical certificates drawn up shortly after the material time showed that they had displayed traces of blows on

leaving the police station. They inferred from this that the presumption of causality applied and noted that the Government, like the police services at the domestic level, had provided no explanations capable of rebutting that presumption, confining themselves to denying that there had ever been any slaps. Furthermore, the use of force against them had been neither necessary nor proportionate. The applicants pointed out that no traces of blows had been found on the police officers who had slapped them, that they themselves had not put up any active physical resistance, that the police and the Belgian State – having always denied slapping the applicants – were unable to establish that the slaps had been necessary, and that consideration should be given to the context of police violence in Belgium. Moreover, the atmosphere of nervousness and disrespect and the conflict between the neighbourhood police and the Bouyid family were insufficient to establish the need for using force. The first applicant added that the identity check for which he had been stopped by the police had been unjustified, that the reasons for the check were obscure, that his jacket had been ripped during the incident, that he had been much more slightly built than the police officer who had slapped him, that he had been a minor at the material time, that the slap had left him in a state of shock, that his feelings of fear and stress had been increased by the fact that he had already had an eardrum perforated four years previously as a result of a blow inflicted by a police officer, and that he had been faced with the silence and corporatist spirit of the police. The second applicant added that he had been seated, posing no direct threat, when he had been slapped.

59. The applicants submitted that police violence was a topical issue in Belgium: the press had reported many such cases, and in its 2012 annual report the Standing Committee for the oversight of police services (“Committee P”) had noted an increase in the number of complaints of police violence (468 in 2010 and 576 in 2012). Furthermore, in its report on its visit to Belgium from 18 to 27 April 2005, the CPT had pointed out that “the risk of a person being ill-treated by law-enforcement officers while in detention cannot be dismissed” (cited above, § 11). Moreover, in its final comments on the third periodic report of Belgium, the UN Committee against Torture and Inhuman and Degrading Treatment had noted with concern the persistent allegations of unlawful use of violence by law-enforcement officials and recommended “thorough”, “independent” and “impartial” investigations (CAT/C/BEL/CO/3, 28 October-22 November 2013, § 13). The applicants also submitted that four complaints of police violence were posted every week on the website of the Observatory of Police Violence (OBSPOL) set up by the French-language section of the Belgian Human Rights League. They also had the impression that police officers

systematically filed a complaint as soon as a complaint was filed against them, and that even where cases did come before a court, judgment was deferred more frequently than for the average member of the public. This caused the general public to feel that there was a climate of impunity, and many victims were reluctant to file complaints.

60. As regards the procedural aspect of Article 3, the applicants submitted that the investigation conducted into their case did not meet the requirements of the Court's case-law.

61. Firstly, the investigation had been principally based on screening of the family's behaviour, drawing on records prepared by the police station at which the officers of whom the applicants had complained were based. The fact that the summary report set out in detail the complaints lodged by members of their family against police officers from this station and stated that no action had been taken on them, yet did not provide any information on the reports drawn up by police officers in respect of members of their family – in most of which cases no file existed or the proceedings had been discontinued – showed that the investigation had been conducted with a view to exonerating the police officers. The applicants further observed that the investigation had shed no light on the circumstances surrounding the police intervention.

62. Secondly, they argued that there had been serious shortcomings in the investigation: contrary to the investigating judge's instructions, the applicants had at no stage been interviewed by the investigators; the file on the incident involving scratches to the car belonging to an officer from the police station in 1999 had not been included in its entirety in the case file; and the investigating judge had not been informed of the action taken on the various cases opened against members of the Bouyid family (some of the cases mentioned in the summary report did not actually exist or were in fact cases in which they had claimed to be the victims). The applicants pointed out that when they had noted these shortcomings they had applied to the investigating judge for twenty additional investigative measures, of which only two had been accepted: the inclusion of an email in the case file and the interview of a police officer whom the first applicant was alleged to have insulted on 8 December 2003 (moreover, the applicants had not been given access to these pieces of evidence).

63. Thirdly, the legal provisions on interviewing under-age victims of a criminal offence had not been complied with (they referred to Articles 91 *bis* and 92 of the Code of Criminal Procedure, which entitled such persons to be accompanied by an adult at their interview with the judicial authority and permitted the interview to be recorded).

64. Fourthly, the investigating judge could have requested of his own motion that the following further investigative measures be implemented: interviewing the first applicant's friend who had been with him when he had been stopped and questioned; including in the case file the images from the cameras at the entry to and exit from the police station; ordering a second medical opinion; and organising a face-to-face confrontation.

65. The applicants therefore submitted that it was on the basis of an ineffective investigation conducted with an eye to exonerating the police officers in question that the investigating authorities had decided that the offences had not been made out and that there were no grounds for prosecuting them.

## 2. *The Government*

66. The Government stated that they agreed with the applicants' analysis to the effect that if a person was in police custody at the material time there was a presumption of a causal link between the traces of injuries and the imputability of the injuries to the police, which presumption could be rebutted by a reasonable explanation. They also accepted that the act in question was presumed to be serious where the person concerned was in custody, in which case the Court accepted *de facto* that the person's dignity was undermined, although that presumption could be rebutted by proving that the use of force had been strictly necessary in the light of the victim's conduct. The Government stressed that they had never intended to disregard those presumptions, but that they considered it legitimate not to call the police officers' assertions into question if the thorough, exhaustive investigation carried out in the present case disclosed nothing that could reasonably allow those assertions to be contradicted.

67. The Government took the view that the judicial authorities had to reconcile the presumption of causality with the equally fundamental principle of the presumption of innocence of the State agents implicated: the judicial authorities could not depart from the principle that they should convict an accused person only when certain beyond all reasonable doubt that he had committed acts constituting degrading treatment against the complainant.

68. The Government emphasised that in the present case, although the applicants had submitted medical certificates attesting to injuries that might be compatible with the events of which they complained, it was only the applicants' statements that suggested that those injuries were the consequence of a slap and that the slaps in question had been inflicted on both applicants by police officers. Furthermore, the officers in question had always vehemently denied having committed such acts, and none of the

evidence gathered during the investigation had refuted their statements. The Government also observed that members of the Bouyid family had lodged several other complaints against officers from their local police station, each time against the background of a confrontation with the police after they had been stopped and questioned. They concluded that, in view of the behaviour of the Bouyid family, it was conceivable that the applicants' complaints had been intended to discredit the police officers concerned even though no blow had been inflicted. At the hearing the Government mentioned the hypothesis that the applicants had slapped themselves in order to make a case against their municipal police force, with whom they had been having difficulties for many years. In the Government's view the tensions had been so great that such an outcome had not been unimaginable.

69. There was therefore in the present case "more than a reasonable doubt as to the establishment of the alleged facts".

70. The Government submitted that the latter statement did not contradict the principle that when an individual was deprived of liberty or dealing with law-enforcement officials, any recourse to physical force that was not made necessary by the person's own conduct diminished human dignity and would in principle constitute a violation of Article 3.

71. The Government also submitted that the applicants had had access to an effective official investigation which had analysed all the available data in terms of reports, records and testimony. They added, however, that the investigation had not established that the facts alleged by the applicants had actually occurred and had accordingly been unable to identify one or more possible perpetrators.

72. Lastly, the Government stated that they could not accept that the present case should serve as a standard in the fight against police violence, since the facts were not reasonably established.

## **B. The third-party interveners' observations**

### *1. Human Rights Centre of the University of Ghent*

73. This third-party intervener noted that, in concluding that the severity threshold of Article 3 had not been reached, the Chamber had taken account of the applicants' allegedly disrespectful or provocative conduct, the tense climate which had prevailed between the members of the applicants' family and their local police officers, and the facts that the slaps had not been intended to extract confessions and that they had been isolated acts without any serious or long-term effects. It considered that in the light of the Court's case-law, the first three of these four factors were irrelevant. Although it deemed the fourth factor valid, it submitted that there was one

criterion to which cardinal importance must be attached in determining whether the severity threshold had been reached in relation to an act committed against a person deprived of his liberty by the police, namely the fact of the police officers abusing their power *vis-à-vis* persons who were completely under their control. In such cases the severity threshold should be lowered. With reference to *Salman v. Turkey* ([GC], no. 21986/93, ECHR 2000-VII), *Denis Vasilyev v. Russia* (no. 32704/04, 17 December 2009) and *Valiulienė v. Lithuania* (no. 33234/07, 26 March 2013), the third-party intervener pointed out that the Court considered that persons in police custody were in a vulnerable position and that Article 3 imposed a duty on States to protect the physical well-being of persons who were in such a position, and that it took account of the victim's feeling of fear and helplessness in assessing whether the Article 3 threshold had been reached. The third-party intervener took the view that the same applied even more so to minors deprived of their liberty, given their particular vulnerability. In this context, a mere slap could have serious psychological repercussions which were incompatible with the requirements of Article 3, especially as such a slap could be taken as a threat of more severe violence in the event of refusal to cooperate, or even as a punishment.

74. The third-party intervener invited the Court to take account of the fact that in its 2006 and 2010 reports on Belgium (cited above) the CPT had recommended that the Belgian authorities remind “police officers ... that when making an arrest, the use of force must be kept to what is strictly necessary [, and that] there can never be any justification for striking apprehended persons once they have been brought under control”.

75. The third-party intervener then pointed out that in *Davydov and Others v. Ukraine* (nos. 17674/02 and 39081/02, § 268, 1 July 2010), the Court had held that Article 3 required States to train law-enforcement officials in such a way as to give them a high level of competence in their professional conduct, such that no one could be subjected to treatment contrary to that provision.

76. Lastly, the third-party intervener highlighted the fact that the use of violence by the police was not unusual in Belgium. Like the applicants, it referred to the statistics published by Committee P and OBSPOL. It added that the Belgian police force had been involved in several cases of police violence in recent years, and that in some police stations in the Brussels region, flat-hand slapping (in order to leave as few marks as possible) had been found to constitute virtually a routine occurrence.

## 2. REDRESS

77. This third-party intervener stressed that international human rights law only allowed the use of physical force by law-enforcement officials to the extent that it was necessary and proportionate to a legitimate aim. It referred to Article 10 of the International Covenant on Civil and Political Rights, General Comment No. 20 of the UN Human Rights Committee, the UN Code of Conduct for Law Enforcement Officials, the UN Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, the European Code of Police Ethics (cited above) and the European Prison Rules (to which the Court and the CPT referred in their work), as well as the Organization for Security and Co-operation in Europe's Guidebook on Democratic Policing. It derived the following principles from those texts: everyone had the right not to be subjected to torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, as the UN Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment specified that these terms should be interpreted so as to extend the widest possible protection against abuses; non-violent means should be attempted first; force should be used only when strictly necessary, and solely for lawful law-enforcement purposes; in their relations with persons in detention, law-enforcement officials should not use force, except when strictly necessary for the maintenance of security and order within the institution, or when personal safety was threatened; no exceptions or excuses should be allowed for unlawful use of force; the use of force was always to be proportionate to lawful objectives; restraint should be exercised in the use of force; damage and injury should be minimised; a range of means for differentiated use of force should be made available; all law-enforcement officials should be trained in the use of the various means for differentiated use of force; and all officers should be trained in the use of non-violent means.

78. The third-party intervener stated that the principle established by the Court to the effect that any recourse to force by a State agent against a person deprived of his liberty which had not been made strictly necessary by that person's conduct diminished human dignity and was in principle an infringement of the right set forth in Article 3. This principle was also enshrined in the case-law of the Inter-American Court of Human Rights (it referred to *Loayza-Tamayo v. Peru* (merits), judgment of 17 September 1997, § 57, Series C No. 33). Furthermore, the Court had specified that where the absence of such strict necessity had been established, there was no need to assess the severity of the suffering caused in order to find a violation of Article 3 (it referred to *Keenan v. the United Kingdom*, no. 27229/95, § 113, ECHR 2001-III); where such necessity had been established, all

the decisive factors were taken into account, including the duration of the treatment, its physical and/or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim, as well as his or her particular vulnerability; and detained persons were vulnerable because they were under the absolute control of the police or prison staff. The third-party intervener added that in a judgment of 2 June 2010 (no. 543/2010) the Spanish Supreme Court, taking into account this vulnerability, had ruled that a slap administered by a police officer to a detainee had been humiliating and degrading despite the lack of any visible injury. This approach had also been adopted by the previous Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism, the CPT and the UN Human Rights Committee.

79. The third-party intervener stressed that child detainees were doubly vulnerable, as pointed out by the UN Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. With reference to the UN Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty and the work of the UN Committee on the Rights of the Child, the third-party intervener added that it was well established that the use of force against children was prohibited save for a very limited number of purposes. That applied to all forms of violence, including non-physical or unintentional violence, whatever their frequency or severity, and even where they were not motivated by intent to harm. Like the CPT in its ninth general activity report, it condemned in particular the “pedagogical use of force” (especially “pedagogical slaps”), which consisted in using force in response to a refusal to cooperate or bad behaviour, while the CPT also noted that police stations were the places where young people ran the greatest risk of deliberate ill-treatment.

80. Lastly, the third-party intervener pointed out that national legal systems reflected international and regional standards. The prohibition of the use of force except where it was strictly necessary was also enshrined in the United Kingdom, Sweden, Australia, Canada and the United States.

### **C. The Court’s assessment**

#### *1. The substantive aspect of the complaint*

##### **(a) General principles**

81. Article 3 of the Convention enshrines one of the most fundamental values of democratic societies (see, among other authorities, *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 95, ECHR 1999-V; *Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, § 119, ECHR 2000-IV; *Gäfgen v. Germany* [GC],

no. 22978/05, § 87, ECHR 2010; *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], no. 39630/09, § 195, ECHR 2012; and *Mocanu and Others v. Romania* [GC], nos. 10865/09 and 2 others, § 315, ECHR 2014). Indeed the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment is a value of civilisation closely bound up with respect for human dignity.

Unlike most of the substantive clauses of the Convention, Article 3 makes no provision for exceptions, and no derogation from it is permissible under Article 15 § 2 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation (see *Mocanu and Others*, cited above, § 315). Even in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organised crime, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the conduct of the person concerned (see, among other authorities, *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, § 79, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, and *Labita, Gäfgen and El-Masri*, all cited above; see also *Georgia v. Russia (I)* [GC], no. 13255/07, § 192, ECHR 2014, and *Svinarenko and Shyadnev v. Russia* [GC], nos. 32541/08 and 43441/08, § 113, ECHR 2014).

82. Allegations of ill-treatment contrary to Article 3 must be supported by appropriate evidence. To assess this evidence, the Court adopts the standard of proof “beyond reasonable doubt” but adds that such proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact (see, among other authorities, *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 161 *in fine*, Series A no. 25; *Labita*, cited above, § 121; *Jalloh v. Germany* [GC], no. 54810/00, § 67, ECHR 2006-IX; *Ramirez Sanchez v. France* [GC], no. 59450/00, § 117, ECHR 2006-IX; and *Gäfgen*, cited above, § 92).

83. On this latter point the Court has explained that where the events in issue lie wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities, as in the case of persons within their control in custody, strong presumptions of fact will arise in respect of injuries occurring during such detention. The burden of proof is then on the Government to provide a satisfactory and convincing explanation by producing evidence establishing facts which cast doubt on the account of events given by the victim (see *Salman*, cited above, § 100; *Rivas v. France*, no. 59584/00, § 38, 1 April 2004; and also, among other authorities, *Turan Cakir v. Belgium*, no. 44256/06, § 54, 10 March 2009; *Mete and Others v. Turkey*, no. 294/08, § 112, 4 October 2011; *Gäfgen*, cited above, § 92; and *El-Masri*, cited above, § 152). In the absence of such explanation, the Court can draw inferences which may be unfavourable for the Government (see, among other authorities, *El-Masri*,

cited above, § 152). That is justified by the fact that persons in custody are in a vulnerable position and the authorities are under a duty to protect them (see, among other authorities, *Salman*, cited above, § 99).

84. The Chamber found in the present case that the same principle held true in the context of an identity check in a police station (as in the case of the first applicant) or a mere interview on such premises (as in the case of the second applicant). The Grand Chamber agrees, emphasising that the principle set forth in paragraph 83 above applies to all cases in which a person is under the control of the police or a similar authority.

85. The Court also pointed out in the *El-Masri* judgment (cited above, § 155) that, although it recognised that it must be cautious in taking on the role of a first-instance tribunal of fact where this was not rendered unavoidable by the circumstances of a particular case (see *McKerr v. the United Kingdom* (dec.), no. 28883/95, 4 April 2000), it had to apply a “particularly thorough scrutiny” where allegations were made under Article 3 of the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Ribitsch v. Austria*, 4 December 1995, § 32, Series A no. 336, and *Georgiy Bykov v. Russia*, no. 24271/03, § 51, 14 October 2010), even if certain domestic proceedings and investigations had already taken place (see *Cobzaru v. Romania*, no. 48254/99, § 65, 26 July 2007). In other words, in such a context the Court is prepared to conduct a thorough examination of the findings of the national courts. In examining them it may take account of the quality of the domestic proceedings and any possible flaws in the decision-making process (see *Denisenko and Bogdanchikov v. Russia*, no. 3811/02, § 83, 12 February 2009).

86. 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 depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or 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*, § 162; *Jalloh*, § 67; *Gäfgen*, § 88; *El-Masri*, § 196; and *Svinarenko and Slyadnev*, § 114, all cited above). Further factors include the purpose for which the ill-treatment was inflicted, together with the intention or motivation behind it (compare, *inter alia*, *Aksoy v. Turkey*, 18 December 1996, § 64, *Reports* 1996-VI; *Egmez v. Cyprus*, no. 30873/96, § 78, ECHR 2000-XII; and *Krastanov v. Bulgaria*, no. 50222/99, § 53, 30 September 2004; see also, among other authorities, *Gäfgen*, § 88, and *El-Masri*, § 196, both cited above), although the absence of an intention to humiliate or debase the victim cannot conclusively rule out a finding of a violation of Article 3 (see, among other authorities, *V. v. the United Kingdom* [GC], no. 24888/94, § 71, ECHR 1999-IX, and *Svinarenko and Slyadnev*, cited above, § 114). Regard must also be had to the context in which the ill-

treatment was inflicted, such as an atmosphere of heightened tension and emotions (compare, for example, *Selmouni*, § 104, and *Egmez*, § 78, both cited above; see also, among other authorities, *Gäfgen*, cited above, § 88).

87. 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 aspects, 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 set forth in Article 3 (see, among other authorities, *Vasyukov v. Russia*, no. 2974/05, § 59, 5 April 2011; *Gäfgen*, cited above, § 89; *Svinarenko and Slyadnev*, cited above, § 114; and *Georgia v. Russia (I)*, cited above, § 192). It should also be pointed out that it may well suffice that the victim is humiliated in his own eyes, even if not in the eyes of others (see, among other authorities, *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, § 32, Series A no. 26, and *M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC], no. 30696/09, § 220, ECHR 2011).

88. Furthermore, in view of the facts of the case, the Court considers it particularly important to point out that, in respect of a person who is deprived of his liberty, or, more generally, is confronted with law-enforcement officers, any recourse to physical force which has not been made strictly necessary by his own conduct diminishes human dignity and is, in principle, an infringement of the right set forth in Article 3 (see, among other authorities, *Ribitsch*, § 38; *Mete and Others*, § 106; and *El-Masri*, § 207, all cited above).

89. The word “dignity” appears in many international and regional texts and instruments (see paragraphs 45-47 above). Although the Convention does not mention that concept – which nevertheless appears in the Preamble to Protocol No. 13 to the Convention, concerning the abolition of the death penalty in all circumstances – the Court has emphasised that respect for human dignity forms part of the very essence of the Convention (see *Svinarenko and Slyadnev*, cited above, § 118), alongside human freedom (see *C.R. v. the United Kingdom*, 22 November 1995, § 42, Series A no. 335-C, and *S.W. v. the United Kingdom*, 22 November 1995, § 44, Series A no. 335-B; see also, among other authorities, *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 65, ECHR 2002-III).

90. Moreover, there is a particularly strong link between the concepts of “degrading” treatment or punishment within the meaning of Article 3 of the Convention and respect for “dignity”. In 1973 the European Commission of Human Rights stressed that in the context of Article 3 of the Convention the expression “degrading treatment” showed that the general purpose of

that provision was to prevent particularly serious interferences with human dignity (see *East African Asians v. the United Kingdom*, nos. 4403/70 and 30 others, Commission's report of 14 December 1973, Decisions and Reports 78-A, p. 56, § 192). The Court, for its part, made its first explicit reference to this concept in the judgment in *Tyrer* (cited above), concerning not "degrading treatment" but "degrading punishment". In finding that the punishment in question was degrading within the meaning of Article 3 of the Convention, the Court had regard to the fact that "although the applicant did not suffer any severe or long-lasting physical effects, his punishment – whereby he was treated as an object in the power of the authorities – constituted an assault on precisely that which it is one of the main purposes of Article 3 to protect, namely a person's dignity and physical integrity" (ibid., § 33). Many subsequent judgments have highlighted the close link between the concepts of "degrading treatment" and respect for "dignity" (see, for example, *Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, § 94, ECHR 2000-XI; *Valašinas v. Lithuania*, no. 44558/98, § 102, ECHR 2001-VIII; *Yankov v. Bulgaria*, no. 39084/97, § 114, ECHR 2003-XII; and *Svinarenko and Slyadnev*, cited above, § 138).

**(b) Application to the present case**

*(i) Establishment of the facts*

91. The Government did not contest the above-mentioned principle that where an individual displayed traces of blows after being under the control of the police and complained that those traces were the result of ill-treatment, there was a – rebuttable – presumption that this was indeed the case (see paragraphs 83-84 above). They also accepted that that principle applied in the instant case. However, they submitted that the medical certificates produced by the applicants established neither that the injuries mentioned had resulted from a slap nor that the latter had been inflicted by police officers, particularly since the police officers in question had always denied such acts. They added that none of the evidence gathered during the investigation contradicted their denial.

92. The Court observes that in order to benefit from the presumption in question, individuals claiming to be the victims of a violation of Article 3 of the Convention must demonstrate that they display traces of ill-treatment after being under the control of the police or a similar authority. Many of the cases with which the Court has dealt show that such persons usually provide medical certificates for that purpose, describing injuries or traces of blows, to which the Court attaches substantial evidential weight.

93. The Court further notes that the medical certificates produced in the present case – the authenticity of which is not contested – mention, in the case of the first applicant, his “state of shock”, “erythema on the left cheek (disappearing)” and “erythema on the left-side external auditory canal” (see paragraph 12 above) and, in the case of the second applicant, “bruising [on the] left cheek” (see paragraph 16 above). These are the possible consequences of slaps to the face.

94. The Court also observes that the certificates were issued on the day of the events, shortly after the applicants had left the Saint-Josse-ten-Noode police station, which strengthens their evidential value. The certificate concerning the first applicant was issued on 8 December 2003 at 7.20 p.m., the first applicant having been in the police station from 4 p.m. to 5.30 p.m. (see paragraphs 12 and 14 above). The certificate for the second applicant is dated 23 February 2004 and was drawn up before 11.20 a.m. – when it was presented to Committee P (see paragraph 25 above) – the second applicant having been in the police station between 9.44 a.m. and 10.20 a.m. (see paragraphs 15-16 above).

95. The Court notes that it has not been disputed that the applicants did not display any such marks on entering the Saint-Josse-ten-Noode police station.

96. Lastly, throughout the domestic proceedings the police officers in question consistently denied having slapped the applicants. However, the applicants claimed the opposite just as consistently. Moreover, given that there were major shortcomings in the investigation (see paragraphs 124-34 below), it is impossible to conclude that the officers’ statements were accurate from the mere fact that the investigation failed to provide any evidence to the contrary.

97. As to the hypothesis mentioned by the Government at the hearing to the effect that the applicants had slapped their own faces in order to make a case against the police (see paragraph 68 above), the Court notes that there is no evidence to corroborate it. Furthermore, having regard to the evidence produced by the parties, the hypothesis in question would not appear to have been mentioned in the domestic courts.

98. In the light of the foregoing the Court deems it sufficiently established that the erythema described in the certificates produced by the applicants occurred while they were under police control in the Saint-Josse-ten-Noode station. It also notes that the Government failed to produce any evidence likely to cast doubt on the applicants’ submissions to the effect that the erythema had resulted from a slap inflicted by a police officer. The Court therefore considers that fact proven.

99. It remains to be determined whether the applicants are justified in claiming that the treatment of which they complain was in breach of Article 3 of the Convention.

(ii) *Classification of the treatment inflicted on the applicants*

100. As the Court has pointed out previously (see paragraph 88 above), where an individual is deprived of his or her liberty or, more generally, is confronted with law-enforcement officers, any recourse to physical force which has not been made strictly necessary by the person's conduct diminishes human dignity and is in principle an infringement of the right set forth in Article 3 of the Convention.

101. The Court emphasises that the words "in principle" cannot be taken to mean that there might be situations in which such a finding of a violation is not called for, because the above-mentioned severity threshold (see paragraphs 86-87 above) has not been attained. Any interference with human dignity strikes at the very essence of the Convention (see paragraph 89 above). For that reason any conduct by law-enforcement officers *vis-à-vis* an individual which diminishes human dignity constitutes a violation of Article 3 of the Convention. That applies in particular to their use of physical force against an individual where it is not made strictly necessary by his conduct, whatever the impact on the person in question.

102. In the present case the Government did not claim that the slaps of which the two applicants complained had corresponded to recourse to physical force which had been made strictly necessary by their conduct; they simply denied that any slaps had ever been administered. In fact, it appears from the case file that each slap was an impulsive act in response to an attitude perceived as disrespectful, which is certainly insufficient to establish such necessity. The Court consequently finds that the applicants' dignity was undermined and that there has therefore been a violation of Article 3 of the Convention.

103. In any event, the Court emphasises that a slap inflicted by a law-enforcement officer on an individual who is entirely under his control constitutes a serious attack on the individual's dignity.

104. A slap has a considerable impact on the person receiving it. A slap to the face affects the part of the person's body which expresses his individuality, manifests his social identity and constitutes the centre of his senses – sight, speech and hearing – which are used for communication with others. Indeed, the Court has already had occasion to note the role played by the face in social interaction (see *S.A.S. v. France* [GC], no. 43835/11, §§ 122 and 141, ECHR 2014, concerning the ban on wearing clothing

intended to conceal the face in public places). It has also had regard to the specificity of that part of the body in the context of Article 3 of the Convention, holding that “particularly because of its location”, a blow to an individual’s head during his arrest, which had caused a swelling and a 2 cm bruise on his forehead, was sufficiently serious to raise an issue under Article 3 (see *Samüt Karabulut v. Turkey*, no. 16999/04, § 41, 27 January 2009).

105. The Court reiterates that it may well suffice that the victim is humiliated in his own eyes for there to be degrading treatment within the meaning of Article 3 of the Convention (see paragraph 87 above). Indeed, it does not doubt that even one unpremeditated slap devoid of any serious or long-term effect on the person receiving it may be perceived as humiliating by that person.

106. That is particularly true when the slap is inflicted by law-enforcement officers on persons under their control, because it highlights the superiority and inferiority which by definition characterise the relationship between the former and the latter in such circumstances. The fact that the victims know that such an act is unlawful, constituting a breach of moral and professional ethics by those officers and – as the Chamber rightly emphasised in its judgment – also being unacceptable, may furthermore arouse in them a feeling of arbitrary treatment, injustice and powerlessness (for consideration of this kind of feeling in the context of Article 3 of the Convention, see, for example, *Petyo Petkov v. Bulgaria*, no. 32130/03, §§ 42 and 47, 7 January 2010).

107. Moreover, persons who are held in police custody or are even simply taken or summoned to a police station for an identity check or questioning – as in the applicants’ cases – and more broadly all persons under the control of the police or a similar authority, are in a situation of vulnerability. The authorities are consequently under a duty to protect them (see paragraphs 83-84 above). In inflicting the humiliation of being slapped by one of their officers they are clearly disregarding this duty.

108. The fact that the slap may have been administered thoughtlessly by an officer who was exasperated by the victim’s disrespectful or provocative conduct is irrelevant here. The Grand Chamber therefore departs from the Chamber’s approach on this point. As the Court has previously pointed out, even under the most difficult circumstances, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the conduct of the person concerned (see paragraph 81 above). In a democratic society ill-treatment is never an appropriate response to problems facing the authorities. The police, specifically, must “not inflict,

instigate or tolerate any act of torture or inhuman or degrading treatment or punishment under any circumstances” (European Code of Police Ethics, § 36; see paragraph 51 above). Furthermore, Article 3 of the Convention establishes a positive obligation on the State to train its law-enforcement officials in such a manner as to ensure their high level of competence in their professional conduct so that no one is subjected to torture or treatment that runs counter to that provision (see *Davydov and Others*, cited above, § 268).

109. Lastly, the Court notes, as a secondary consideration, that the first applicant was born on 22 August 1986 and was thus 17 years old on 8 December 2003. He was therefore a minor at the material time. Ill-treatment is liable to have a greater impact – especially in psychological terms – on a minor (see, for example, *Rivas*, cited above, § 42, and *Darraï v. France*, no. 34588/07, § 44, 4 November 2010) than on an adult. More broadly, the Court has on numerous occasions stressed the vulnerability of minors in the context of Article 3 of the Convention. That was the case, for instance, in *Okkali v. Turkey* (no. 52067/99, ECHR 2006-XII); *Yazgöl Yılmaz v. Turkey* (no. 36369/06, 1 February 2011) and *Iurcu v. the Republic of Moldova* (no. 33759/10, 9 April 2013). The need to take account of the vulnerability of minors has also been clearly affirmed at the international level (see paragraphs 52-53 above).

110. The Court emphasises that it is vital for law-enforcement officers who are in contact with minors in the exercise of their duties to take due account of the vulnerability inherent in their young age (European Code of Police Ethics, § 44; see paragraph 51 above). Police behaviour towards minors may be incompatible with the requirements of Article 3 of the Convention simply because they are minors, whereas it might be deemed acceptable in the case of adults. Therefore, law-enforcement officers must show greater vigilance and self-control when dealing with minors.

111. In conclusion, the slap administered to each of the applicants by the police officers while they were under their control in the Saint-Jossetten-Noode police station did not correspond to recourse to physical force that had been made strictly necessary by their conduct, and thus diminished their dignity.

112. Given that the applicants referred only to minor bodily injuries and did not demonstrate that they had undergone serious physical or mental suffering, the treatment in question cannot be described as inhuman or, *a fortiori*, torture. The Court therefore finds that the present case involved degrading treatment.

113. Accordingly, there has been a violation of the substantive head of Article 3 in respect of each of the applicants.

## 2. Procedural aspect of the complaint

### (a) General principles

114. The Court refers to the general principles set out, *inter alia*, in *El-Masri* (cited above, §§ 182-85) and *Mocanu and Others* (cited above, §§ 316-26).

115. Those principles indicate that the general prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment by agents of the State in particular would be ineffective in practice if no procedure existed for the investigation of allegations of ill-treatment of persons held by them.

116. Thus, having regard to the general duty on the State under Article 1 of the Convention to “secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention”, the provisions of Article 3 require by implication that there should be some form of effective official investigation where an individual makes a credible assertion that he has suffered treatment infringing Article 3 at the hands, *inter alia*, of the police or other similar authorities.

117. The essential purpose of such an investigation is to secure the effective implementation of the domestic laws prohibiting torture and inhuman or degrading treatment or punishment in cases involving State agents or bodies, and to ensure their accountability for ill-treatment occurring under their responsibility.

118. Generally speaking, for an investigation to be effective, the institutions and persons responsible for carrying it out must be independent from those targeted by it. This means not only a lack of any hierarchical or institutional connection but also practical independence.

119. Whatever mode is employed, the authorities must act of their own motion. In addition, in order to be effective the investigation must be capable of leading to the identification and punishment of those responsible. It should also be broad enough to permit the investigating authorities to take into consideration not only the actions of the State agents who directly used force but also all the surrounding circumstances.

120. Although this is not an obligation of results to be achieved but of means to be employed, any deficiency in the investigation which undermines its ability to establish the cause of injuries or the identity of the persons responsible will risk falling foul of the required standard of effectiveness.

121. A requirement of promptness and reasonable expedition is implicit in this context. While there may be obstacles or difficulties which prevent progress in an investigation in a particular situation, a prompt response by the authorities in investigating allegations of ill-treatment may generally be regarded as essential in maintaining public confidence in their adherence to

the rule of law and in preventing any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts.

122. The victim should be able to participate effectively in the investigation.

123. Lastly, the investigation must be thorough, which means that the authorities must always make a serious attempt to find out what happened and should not rely on hasty or ill-founded conclusions to close their investigation.

**(b) Application to the present case**

124. The Court considers that the applicants' allegations – as set out in the complaints lodged with the domestic authorities – that they were subjected to treatment breaching Article 3 of the Convention by officers at the Saint-Josse-ten-Noode police station were arguable. Article 3 thus required the authorities to conduct an effective investigation.

125. The Government submitted that the manner in which the investigation was conducted was satisfactory in the light of the criteria established in the case-law, as set out above.

126. The Court does not share the Government's view.

127. It notes that after the applicants had lodged a civil-party complaint, an investigation was initiated and the two police officers implicated by the applicants were charged with using violence against individuals in the course of their duties and, in particular, with intentional wounding or assault, and with engaging in arbitrary acts in breach of the rights and freedoms guaranteed by the Constitution. The investigation was conducted in accordance with statutory requirements, under the authority of an investigating judge. It was therefore under the control of an independent authority. Furthermore, there is nothing to suggest that the applicants were unable to participate in it.

128. Nevertheless, the investigating judge, who would appear not to have ordered any specific investigative measures in person, confined himself to asking the investigation department of Committee P to take note of the applicants' civil-party application, to interview them in order to ascertain the details of their complaint, to draft a report on the conduct of the Bouyid family, to draw up a list of the cases brought against them and complaints filed by them and to explain what action had been taken in that connection. He failed to hold, or arrange for, a face-to-face confrontation between the police officers in question and the applicants, or to interview or order an interview of the physicians who had drawn up the medical certificates produced by the applicants, or of the person who was with the first applicant when Officer A.Z. had stopped and questioned him in the street on

8 December 2003 (see paragraph 11 above), or of Superintendent K., who had met the second applicant at the latter's home on 23 February 2004, just after he had left the Saint-Josse-ten-Noode police station (see paragraph 26 above). Such measures might, however, have helped establish the facts.

129. The investigation was therefore mainly confined to interviews of the police officers involved in the incidents by other police officers seconded to the investigation department of Committee P and the preparation by those officers of a report summarising the evidence gathered, once again, by police officers (the internal oversight department of the police district covering the applicants' neighbourhood), which mainly described the "general behaviour" of the Bouyid family.

130. Furthermore, no reasons were provided for either the submissions of the Crown Prosecutor or the order by the Committals Division of the Brussels Court of First Instance discontinuing the case. Moreover, in upholding that discontinuance order, the Indictments Division of the Brussels Court of Appeal drew almost exclusively on the above-mentioned report concerning the behaviour of the Bouyid family and the denials of the officers charged, without assessing the credibility and seriousness of the applicants' allegations that they had been slapped by the officers in question. It should also be noted that the Indictment Division's judgment of 9 April 2008, which contains only a very brief reference to the medical certificate produced by the second applicant, makes no mention at all of the certificate produced by the first applicant.

131. These factors tend to indicate that the investigating authorities failed to devote the requisite attention to the applicants' allegations – despite their being substantiated by the medical certificates which they had submitted for inclusion in the case file – or to the nature of the act, involving a law-enforcement officer slapping an individual who was completely under his control.

132. Lastly, the Court notes the unusual length of the investigation, for which the Government provided no explanation. The events occurred on 8 December 2003, in the case of the first applicant, and on 23 February 2004, in the case of the second, and the applicants lodged their complaints with Committee P on 9 December 2003 and 23 February 2004 respectively, before bringing a civil-party application on 17 June 2004. However, the discontinuance order was not made until 27 November 2007. As for the judgments of the Indictments Division of the Brussels Court of Appeal and the Court of Cassation, they were delivered on 8 April 2008 and 29 October 2008 respectively. Therefore, almost five years elapsed between the first applicant's complaint and the Court of Cassation judgment marking the

close of the proceedings, and a period of over four years and eight months elapsed in the second applicant's case.

133. As the Court has emphasised on previous occasions, although there may be obstacles or difficulties which prevent progress in an investigation in a particular situation, a prompt response by the authorities in investigating allegations of ill-treatment may generally be regarded as essential in maintaining public confidence in their adherence to the rule of law and in preventing any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts (see, among other authorities, *McKerr v. the United Kingdom*, no. 28883/95, § 114, ECHR 2001-III, and *Mocanu and Others*, cited above, § 323).

134. In the light of the foregoing, the Court considers that the applicants did not have the benefit of an effective investigation. It consequently finds a violation of the procedural head of Article 3 of the Convention.

## II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

135. 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

136. As before the Chamber, the applicants jointly claimed 5,000 euros (EUR) in respect of the non-pecuniary damage resulting from the violation of the substantive head of Article 3 of the Convention, and EUR 43,110 in respect of the non-pecuniary damage resulting from the violation of the procedural head of the same Article. They justified this latter amount by arguing that the frustration they had experienced as a result of the shortcomings in the investigation had begun on 7 March 2006 with the order refusing additional investigative measures and had lasted until 14 November 2012; they considered it appropriate to award each of them a daily amount of EUR 15 covering the period up to 29 October 2008, when the Court of Cassation delivered its judgment (a total of 952 days), and a daily amount of EUR 5 for the subsequent period (a total of 1,455 days).

137. The Government, who did not comment on these claims before the Grand Chamber, had indicated in their observations before the Chamber that they would leave the above-mentioned amount of EUR 5,000 to the Court's discretion. They had also invited it to disregard the applicants' pecuniary assessment of the damage caused by the violation of the procedural head of Article 3, arguing that it was unreasonable and unrealistic. They had added

that if the Court were to consider that the restoration of the applicants' rights as a result of a finding of a violation constituted insufficient redress, the award under that head should be reduced to a fair level.

138. The Court considers it undeniable that the applicants sustained non-pecuniary damage on account of the violation of the substantive and procedural heads of Article 3 of the Convention of which they were the victims. Making its assessment on an equitable basis as required by Article 41 of the Convention, it awards each of them EUR 5,000 under this head.

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

139. As before the Chamber, the applicants claimed EUR 4,088.71 in respect of their costs and expenses before the domestic courts. They further claimed EUR 25,167.04 in respect of their costs and expenses relating to the proceedings before the Court, that is to say EUR 7,051.42 in respect of Mr Marchand's fees and EUR 18,115.62 in respect of Mr Chihaoui's fees. They explained that they had agreed hourly rates of EUR 85 and EUR 125 respectively with the two lawyers. Furthermore, Mr Marchand had charged them for thirty-five hours' preparation of their application, approximately thirteen hours' preparation of their request for referral to the Grand Chamber and approximately nine hours' preparation of their memorial before the Grand Chamber, and Mr Chihaoui had charged them fifty-one hours' preparation of their observations before the Chamber, sixty-nine hours' preparation of their request for referral to the Grand Chamber and approximately nine hours' preparation of their memorial before the Grand Chamber. They produced various documents in support of these claims.

140. The Government, who did not comment on these claims before the Grand Chamber, had stated in their observations before the Chamber that they considered the hourly rate of EUR 85 reasonable. On the other hand, they had submitted that consulting a second lawyer charging an hourly rate of EUR 125 seemed unnecessary, and had consequently requested that this part of the claim be rejected or, at the very least, that the same hourly rate of EUR 85 be applied.

141. 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 (see, for example, *Jeunesse v. the Netherlands* [GC], no. 12738/10, § 135, 3 October 2014). In the present case, regard being had to the documents in its possession and the above criteria, the Court considers it reasonable to award the applicants the sum of EUR 10,000 jointly for the costs and expenses incurred before the domestic courts and before the Court.

### C. Default interest

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

#### FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds*, by fourteen votes to three, that there has been a violation of Article 3 of the Convention under its substantive head;
2. *Holds*, unanimously, that there has been a violation of Article 3 of the Convention under its procedural head;
3. *Holds*, by fifteen votes to two,
  - (a) that the respondent State is to pay the following amounts within three months:
    - (i) EUR 5,000 (five thousand euros) to each of the applicants, plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;
    - (ii) EUR 10,000 (ten thousand euros) to the applicants jointly, plus any tax that may be chargeable to them, in respect of costs and expenses;
  - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
4. *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 28 September 2015.

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 separate opinion of Judges De Gaetano, Lemmens and Mahoney is annexed to this judgment.

D.S.  
J.C.

JOINT PARTLY DISSENTING OPINION OF  
JUDGES DE GAETANO, LEMMENS AND MAHONEY

*(Translation)*

1. We agree with the majority's finding of a violation of the procedural aspect of Article 3 of the Convention. To our regret, however, we are unable to join the majority in finding that there has also been a violation of the substantive aspect of that Article.

2. We wish to make clear at the outset that we endorse the general principles recapitulated by the majority (in paragraphs 81-90 of the present judgment). We are likewise prepared to accept, as the majority did, that by applying the appropriate rules of evidence in the present case, it can be concluded that the applicants were each given a slap while under the control of the police (see paragraphs 91-98 of the judgment).<sup>1</sup>

The issue on which we are unable to concur with the majority is the characterisation under Article 3 of the treatment to which the applicants were subjected (see paragraphs 100-13).

3. We consider, like the Chamber (see paragraph 50 of its judgment) and the majority of the Grand Chamber (see paragraph 106 of the present judgment), that police officers who needlessly strike an individual under their control are committing a breach of professional ethics. Moreover, in a democratic society it is only to be expected that such an act should also constitute a tort and a criminal offence.

We wish to emphasise that a slap by a police officer is unacceptable (see, to similar effect, paragraph 51 of the Chamber judgment). Our dissenting opinion is therefore on no account to be construed as acknowledging any kind of immunity for police officers, or even as tolerating what happened at the Saint-Josse-ten-Noode police station.

However, it is not for the Court to issue opinions on the basis of professional ethics or domestic law. What concerns us here is the narrower issue of whether the unacceptable treatment meted out to the applicants constituted “degrading treatment”, and hence a violation not just of the applicants’ rights, but of their fundamental rights as safeguarded by the Convention.

4. We are prepared to accept, as the majority did, that where a person is under the control of the police any recourse to physical force which has

---

1. In view of the conclusion we have reached, however, we might have left open the question of the establishment of the facts, as did the Chamber (*Bouyid v. Belgium*, no. 23380/09, § 49, 21 November 2013).

not been made strictly necessary by the person's conduct diminishes human dignity (see paragraphs 88 and 100 of the judgment).

We are able to reach that conclusion without resorting to the detailed observations on human dignity set out both in the part of the judgment dealing with international texts, instruments and documents (paragraphs 45-47) and in the "Law" part (paragraphs 89-90). Indeed, we wonder what practical purpose is served by these observations, given that the majority provide no indication of how the notion of human dignity is to be understood. The observations are presented as though they intend to establish a doctrine, but in reality they do not offer the reader much by way of enlightenment.

5. That said, should it be accepted that any interference with human dignity constitutes degrading treatment and hence a violation of Article 3? Without going that far, the majority appear to be suggesting that any interference with human dignity resulting from the use of force by the police will necessarily breach Article 3.

We consider that in so finding, the majority have departed from the well-established case-law to the effect that, where recourse to physical force diminishes human dignity, it will "in principle" constitute a violation of Article 3. The relevant case-law is in fact referred to twice in the judgment (in paragraph 88, with references to *Ribitsch v. Austria*, 4 December 1995, § 38, Series A no. 336; *Metev and Others v. Turkey*, no. 294/08, § 106, 4 October 2011; and *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], no. 39630/09, § 207, ECHR 2012; and in paragraph 100). In our view, the use of the term "in principle" implies that there are exceptions, that is to say, instances of interference with human dignity that nevertheless do not breach Article 3. On this point we would refer to the *Ireland v. the United Kingdom* judgment, in which the Court found that there could be "violence which is to be condemned both on moral grounds and also in most cases under the domestic law of the Contracting States but which does not fall within Article 3 of the Convention" (see *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 167, Series A no. 25).

This is because there are forms of treatment which, while interfering with human dignity, do not attain the minimum level of severity required to fall within the scope of Article 3 (see, for example, *Ireland v. the United Kingdom*, cited above, § 162; and, among recent judgments, *El-Masri*, cited above, § 196; *Svinarenko and Slyadnev v. Russia* [GC], nos. 32541/08 and 43441/08, § 114, ECHR 2014; and *Tarakhel v. Switzerland* [GC], no. 29217/12, § 94, ECHR 2014).

6. The main question arising in the present case is whether this minimum level was attained in respect of the applicants.

The majority begin by pointing out that the assessment of this minimum depends on all the circumstances of the case (see paragraph 86 of the present judgment). Subsequently, however, they show no further concern for the specific circumstances, instead simply adopting an eminently dogmatic position: any conduct by law-enforcement officers which diminishes human dignity constitutes a violation of Article 3, irrespective of its impact on the person concerned (see paragraph 101).

For our part, we consider that the specific circumstances are of fundamental importance. It is not for the Court to impose general rules of conduct on law-enforcement officers; instead, its task is limited to examining the applicants' individual situation to the extent that they allege that they were personally affected by the treatment complained of (see, *mutatis mutandis*, *Lorsé and Others v. the Netherlands*, no. 52750/99, § 62, 4 February 2003; *Van der Ven v. the Netherlands*, no. 50901/99, § 50, ECHR 2003-II; and *Lindström and Mässeli v. Finland*, no. 24630/10, § 41, 14 January 2014). Certain factors dictate that the seriousness of the violence inflicted on the applicants should be put in perspective. These concern in particular the duration of the treatment, its physical or psychological effects, the intention or motivation behind it, and the context in which it was inflicted (see the aspects held to be relevant in the Court's case-law, as recapitulated in paragraph 86 of the present judgment). As the Chamber noted, both the incidents in the present case involved an isolated slap inflicted thoughtlessly by a police officer who was exasperated by the applicants' disrespectful or provocative conduct, in a context of tension between the members of the applicants' family and police officers in their neighbourhood, and there were no serious or long-term effects (see paragraph 51 of the Chamber judgment). Although the treatment complained of was unacceptable (see paragraph 3 above), we are unable to find that it attained the minimum level of severity to be classified as "degrading treatment" within the meaning of Article 3 of the Convention.

7. We fear that the judgment may impose an unrealistic standard by rendering meaningless the requirement of a minimum level of severity for acts of violence by law-enforcement officers. Police officers may well be required to exercise self-control in all circumstances, regardless of the behaviour of the person they are dealing with (see paragraph 108 of the present judgment), but this will not prevent incidents in which people behave provocatively towards them – as in the present case – and cause them to lose their temper. It will then be for the appropriate domestic courts, where necessary, to determine whether the officers' behaviour may have been excusable. To conclude, as the majority have, that in any such incident the State will be responsible for a violation of the victims' fundamental

rights, in particular because of a failure to train officials “in such a manner as to ensure their high level of competence” (ibid.), is in our view a clear underestimation of the various difficulties that may be encountered in real-life situations.

This observation cannot be countered by stating that the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment is absolute, regardless of the conduct of the person concerned (ibid.). We too subscribe to the absolute nature of this prohibition. However, it only applies once it has been established that a particular instance of treatment has attained the requisite level of severity.

There is also good ground for thinking that the absolute nature of the prohibition set forth in Article 3 is one of the reasons why the Court has found that this Article will be breached only where the level of severity has been attained. The Court regularly reiterates that it is attentive to the seriousness attaching to a ruling that a Contracting State has violated fundamental rights (see, among other authorities, *Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, § 147, ECHR 2005-VII; *Mathew v. the Netherlands*, no. 24919/03, § 156, ECHR 2005-IX; and *Georgia v. Russia (I)* [GC], no. 13255/07, § 94, ECHR 2014). This is especially true of a finding of a violation of Article 3, a provision that enshrines “one of the most fundamental values of democratic societies” (see paragraph 81 of the present judgment) and requires an absolute prohibition by States.

Accordingly, we should avoid trivialising findings of a violation of Article 3. The situation complained of in the present case is far less serious than the treatment inflicted by law-enforcement officers in many other cases that the Court has unfortunately had to deal with. What impact, then, does a finding of a violation of Article 3 still have?<sup>2</sup>

8. The victim’s vulnerability is a factor that may be taken into account in assessing the seriousness of an interference with human dignity. The majority refer in this connection, admittedly as a secondary consideration, to the fact that the first applicant was a minor at the material time (see paragraphs 109-10 of the judgment).

We consider that the Court does not have enough information to treat the first applicant’s age as a truly relevant factor in the present case. This was not his first confrontation with the police. Moreover, he was a member of a family who had had difficult relations with the police for years and who had

---

2. A question that has not been discussed in the present case but will no doubt arise in the future is whether the strict standard set by the majority should now also be applied in cases concerning the extradition or expulsion of aliens. Would Article 3 stand in the way of the extradition or deportation of an alien to a country where he or she is at risk of being slapped (once)?

lodged several criminal complaints against police officers. Referring simply to the first applicant's age as a basis for concluding that he was a vulnerable person towards whom the police officers should have shown "greater vigilance and self-control" (see paragraph 110 of the present judgment) is in our view an overly theoretical approach. The conclusion reached on this point risks being completely at odds with reality.

9. In finding that there has been a violation of the substantive aspect of Article 3, the majority have sought to display zero tolerance towards police officers who resort to physical force that has not been made strictly necessary by the conduct of the person with whom they are dealing. This in itself is a laudable aim. Police violence is unacceptable.

However, we would have preferred a more nuanced assessment of the facts of the case, with a stronger grounding in reality. For the reasons set out above, we consider that the treatment complained of did not attain the level of severity required to fall within the scope of Article 3.

