

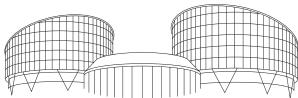
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME



REPORTS
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2012-II



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 2012-II

Published by/Publié par

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

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

ISBN: 978-9-462-40024-5

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2013
© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2013

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

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

Note on citation

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

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

Examples

Judgment on the merits delivered by a Chamber

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

Judgment on the merits delivered by the Grand Chamber

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

Decision on admissibility delivered by a Chamber

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

Decision on admissibility delivered by the Grand Chamber

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

Judgment striking the case out delivered by a Chamber

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

Judgment on a friendly settlement delivered by a Chamber

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

For further information on the Court's mode of citation, which is regularly updated, please see the “Note on citation” published on the Court's website (<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 Bureau¹ à la suite de la proposition du jurisconsulte².

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

Note concernant la citation des arrêts et décisions

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

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

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

Contents/Table des matières

Subject matter/Objet des affaires	VII
<i>Hirsi Jamaa et autres c. Italie</i> [GC], n° 27765/09, arrêt du 23 février 2012.....	1
<i>Hirsi Jamaa and Others v. Italy</i> [GC], no. 27765/09, judgment of 23 February 2012.....	97
<i>Gagliano Giorgi c. Italie</i> , n° 23563/07, arrêt du 6 mars 2012 (extracts)	191
<i>Gagliano Giorgi v. Italy</i> , no. 23563/07, judgment of 6 March 2012 (extraits)	203
<i>Gas et Dubois c. France</i> , n° 25951/07, arrêt du 15 mars 2012.....	215
<i>Gas and Dubois v. France</i> , no. 25951/07, judgment of 15 March 2012.....	245
<i>Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce</i> [GC], n° 42202/07, arrêt du 15 mars 2012	279
<i>Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece</i> [GC], no. 42202/07, judgment of 15 March 2012	313
<i>Boulois c. Luxembourg</i> [GC], n° 37575/04, arrêt du 3 avril 2012	347
<i>Boulois v. Luxembourg</i> [GC], no. 37575/04, judgment of 3 April 2012.....	385
<i>Austin and Others v. the United Kingdom</i> [GC], nos. 39692/09, 40713/09 and 41008/09, judgment of 15 March 2012	423
<i>Austin et autres c. Royaume-Uni</i> [GC], n°s 39692/09, 40713/09 et 41008/09, arrêt du 15 mars 2012.....	463

Subject matter/Objet des affaires

Article 3

Return of migrants intercepted on high seas to country of departure

Hirsi Jamaa and Others v. Italy [GC], p. 97

Renvoi de migrants interceptés en haute mer vers leur pays de provenance

Hirsi Jamaa et autres c. Italie [GC], p. 1

Article 5

Article 5 § 1

Containment of peaceful demonstrators within a police cordon for over seven hours

Austin and Others v. the United Kingdom [GC], p. 423

Manifestants pacifiques maintenus à l'intérieur d'un cordon de police pendant plus de sept heures

Austin et autres c. Royaume-Uni [GC], p. 463

Article 6

Article 6 § 1

Prison board's repeated refusal, with no right of appeal to the administrative courts, to grant prisoner temporary leave of absence

Boulois v. Luxembourg [GC], p. 385

Refus répétés d'une commission pénitentiaire d'accorder une autorisation de sortie à un détenu sans recours possible devant une juridiction administrative

Boulois c. Luxembourg [GC], p. 347

Article 13

No accessible remedy for migrants intercepted on high seas and returned to country of departure

Hirsi Jamaa and Others v. Italy [GC], p. 97

Absence de recours accessibles aux migrants interceptés en haute mer et renvoyés dans le pays de provenance

Hirsi Jamaa et autres c. Italie [GC], p. 1

**Article 14 of the Convention in conjunction with Article 8/
Article 14 de la Convention combiné avec l'article 8**

Refusal of simple adoption order in favour of homosexual partner of biological mother

Gas and Dubois v. France, p. 245

Refus de l'adoption simple d'un enfant par la femme vivant avec la mère biologique dans le cadre d'un couple homosexuel

Gas et Dubois c. France, p. 215

Article 35 § 3 (b)

Reduction of prison sentence in length-of-criminal-proceedings case

Gagliano Giorgi v. Italy, p. 203

Réduction de la peine d'emprisonnement dans une affaire relative à la durée d'une procédure pénale

Gagliano Giorgi c. Italie, p. 191

Article 3 of Protocol No. 1/Article 3 du Protocole n° 1

Lack of legislation governing arrangements enabling nationals resident abroad to exercise their voting rights in parliamentary elections from their place of residence

Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece [GC], p. 313

Absence d'aménagement législatif des modalités d'exercice du droit de vote aux élections législatives depuis le lieu de résidence des expatriés à l'étranger

Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce [GC], p. 279

Article 3 of Protocol No. 1/Article 3 du Protocole n° 1

Return of migrants intercepted on high seas to country of departure

Hirsi Jamaa and Others v. Italy [GC], p. 97

Renvoi de migrants interceptés en haute mer vers le pays de provenance

Hirsi Jamaa et autres c. Italie [GC], p. 1

HIRSI JAMAA ET AUTRES c. ITALIE
(Requête n° 27765/09)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 23 FÉVRIER 2012¹

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre après dessaisissement d'une chambre en vertu de l'article 30 de la Convention.

SOMMAIRE¹

Renvoi de migrants interceptés en haute mer vers leur pays de provenance

Article 3 de la Convention

Expulsion – Renvoi de migrants interceptés en haute mer vers leur pays de provenance – Principe de non-refoulement – Obligation pour les Etats contractants de s'enquérir du traitement auquel les requérants seraient exposés après leur refoulement – Obligation de l'Etat qui procède au refoulement de s'assurer que le pays intermédiaire offre des garanties suffisantes contre un rapatriement arbitraire qui exposerait les intéressés au risque de mauvais traitements dans leur pays d'origine – Risque réel de subir des mauvais traitements dans un Etat tiers intermédiaire et/ou dans le pays d'origine – Risque réel de rapatriement arbitraire à partir d'un Etat tiers – Rapports de sources fiables faisant état de pratiques de tortures et de mauvais traitements – Absence d'une procédure d'asile ou de protection des réfugiés dans un Etat tiers

Article 13 de la Convention

Recours effectif – Absence de recours accessibles aux migrants interceptés en haute mer et renvoyés dans le pays de provenance – Droit d'obtenir des informations suffisantes permettant d'avoir un accès effectif aux procédures visant à empêcher la mise à exécution d'une mesure d'éloignement – Exigence relative à l'effet suspensif d'un recours

Article 4 du Protocole n° 4

Interdiction des expulsions collectives d'étrangers – Renvoi de migrants interceptés en haute mer vers le pays de provenance – Application extraterritoriale – Eloignement d'étrangers vers un Etat tiers effectué en dehors du territoire national – Exercice de la juridiction extraterritoriale de l'Etat prenant la forme d'une expulsion collective d'étrangers – Absence de procédure d'identification et d'examen des situations individuelles des requérants

*

* * *

Les requérants sont onze ressortissants somaliens et treize ressortissants érythréens. Ils font partie d'un groupe d'environ deux cents personnes qui, en 2009, quittèrent

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

la Libye à bord de trois embarcations dans le but de rejoindre les côtes italiennes. Le 6 mai 2009, alors que les embarcations se trouvaient à l'intérieur de la zone maritime de recherche et de sauvetage relevant de la compétence de Malte, elles furent approchées par des navires de la garde des finances et des garde-côtes italiens. Les occupants des embarcations interceptées furent transférés sur les navires militaires italiens et reconduits à Tripoli. Les requérants affirment que, pendant le voyage, les autorités italiennes ne les ont pas informés de leur destination et n'ont effectué aucune procédure d'identification. Une fois arrivés au port de Tripoli, après dix heures de navigation, les migrants furent livrés aux autorités libyennes. Selon les requérants, ceux-ci s'opposèrent à leur remise auxdites autorités, mais on les obligea par la force à quitter les navires italiens. Lors d'une conférence de presse tenue le lendemain, le ministre italien de l'Intérieur déclara que les opérations d'interception des embarcations en haute mer et de renvoi des migrants en Libye faisaient suite à l'entrée en vigueur, en février 2009, d'accords bilatéraux conclus avec la Libye, et constituaient un tournant important dans la lutte contre l'immigration clandestine. Deux des requérants sont décédés dans des circonstances inconnues après les faits litigieux. Entre juin et octobre 2009, quatorze des requérants ont obtenu le statut de réfugié auprès du bureau du Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR) de Tripoli. A la suite de la révolte libyenne qui a éclaté en février 2011, la qualité des contacts entre les intéressés et leurs représentants s'est dégradée. Les avocats sont actuellement en contact avec six des requérants, dont quatre résident au Bénin, à Malte ou en Suisse, dans l'attente pour certains d'une réponse à leur demande de protection internationale. L'un des requérants se trouve dans un camp de réfugiés en Tunisie et envisage de rejoindre l'Italie. En mai 2011, le statut de réfugié a été octroyé à l'un des requérants en Italie, pays qu'il avait rallié clandestinement.

1. L'Italie ne conteste pas que les navires sur lesquels ont été embarqués les requérants relevaient pleinement de sa juridiction. La Cour rappelle le principe de droit international, transcrit dans le code italien de la navigation, selon lequel un navire en haute mer est soumis à la juridiction exclusive définie par son pavillon. La Cour ne peut retenir la qualification de «sauvetage en haute mer» avancée par le Gouvernement pour décrire les faits, ni le prétextu niveau réduit du contrôle exercé sur les requérants. Les faits se sont entièrement déroulés à bord de navires des forces armées italiennes, dont l'équipage était composé exclusivement de militaires nationaux. De leur montée à bord jusqu'à leur remise aux autorités libyennes, les requérants se sont trouvés sous le contrôle continu et exclusif, en droit et en fait, des autorités italiennes. Partant, les faits dont découlent les violations alléguées relèvent de la juridiction de l'Italie au sens de l'article 1 de la Convention.

Conclusion: juridiction établie (unanimité).

2. Article 3 de la Convention: a) *Risque de subir des mauvais traitements en Libye –* La Cour, consciente de la pression que fait peser sur les Etats le flux croissant de migrants, particulièrement complexe en milieu maritime, rappelle néanmoins que

cette situation ne les exonère pas de leur obligation de ne pas éloigner une personne risquant de subir des traitements prohibés par l'article 3 dans le pays de destination. Notant que la situation en Libye s'est dégradée à compter d'avril 2010, la Cour, pour l'examen de l'affaire, se réfère cependant à celle qui prévalait à l'époque des faits. A cet égard, elle observe que les conclusions préoccupantes de nombreuses organisations quant au traitement réservé aux immigrés clandestins sont corroborées par le rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) rendu public en 2010. Migrants irréguliers et demandeurs d'asile, sans distinction, étaient systématiquement arrêtés et détenus dans des conditions que les observateurs ont qualifiées d'inhumaines, rapportant notamment des cas de torture. Risquant un refoulement à tout instant, les clandestins, s'ils retrouvaient la liberté, vivaient dans la précarité et étaient exposés au racisme. Le gouvernement italien a maintenu que la Libye était un lieu sûr pour les migrants et que ce pays respecterait ses engagements internationaux en matière d'asile et de protection des réfugiés. La Cour souligne que l'existence de textes internes et la ratification de traités internationaux garantissant le respect des droits fondamentaux ne suffisent pas, à elles seules, à assurer une protection adéquate contre le risque de mauvais traitements lorsque des sources fiables font état de pratiques contraires aux principes de la Convention. Par ailleurs, l'Italie ne saurait se dégager de sa responsabilité au regard de la Convention en invoquant ses engagements ultérieurs découlant des accords bilatéraux avec la Libye. Le bureau du HCR à Tripoli n'a jamais été reconnu par le gouvernement libyen. Cette réalité en Libye était notoire et facile à vérifier à l'époque des faits, en conséquence les autorités italiennes savaient ou devaient savoir au moment d'éloigner les requérants qu'ils seraient exposés dans ce pays à des traitements contraires à la Convention. Il leur appartenait, face à une situation de non-respect systématique des droits de l'homme telle que celle décrite ci-dessus, de s'enquérir du traitement auquel les requérants seraient exposés après leur refoulement. En outre, le fait que ces derniers n'aient pas expressément demandé l'asile ne dégageait pas l'Italie de ses responsabilités. La Cour rappelle les obligations des Etats découlant du droit international en matière de réfugiés, notamment le « principe de non-refoulement » que consacre aussi la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La Cour, estimant par ailleurs que la situation commune des requérants et de nombreux autres clandestins en Libye n'enlève rien au caractère individuel du risque allégué, conclut qu'en transférant les intéressés vers la Libye les autorités italiennes les ont exposés en pleine connaissance de cause à des traitements contraires à la Convention.

Conclusion: violation (unanimité).

b) *Risque de subir des mauvais traitements dans le pays d'origine des requérants* – Le caractère indirect du refoulement d'un étranger ne dégage pas de sa responsabilité l'Etat qui y procède, lequel doit s'assurer que le pays intermédiaire offre des garanties contre un rapatriement arbitraire, surtout si cet Etat n'est pas partie à la Convention. L'ensemble des informations en la possession de la Cour indique visiblement une

situation d'insécurité généralisée en Somalie et en Erythrée – risques de torture et de détention dans des conditions inhumaines, du simple fait que la personne concernée a quitté le pays irrégulièrement. Les requérants pouvaient donc, de manière défendable, soutenir que leur rapatriement porterait atteinte à l'article 3 de la Convention. La Cour recherche ensuite si les autorités italiennes pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que la Libye présentât des garanties suffisantes contre les rapatriements arbitraires. Observant que cet Etat n'a pas ratifié la Convention de Genève relative au statut des réfugiés et notant l'absence de toute procédure d'asile et de protection des réfugiés dans ce pays, la Cour ne saurait souscrire à l'argument selon lequel l'action du HCR à Tripoli représentait une garantie contre les rapatriements arbitraires. Des cas de retours forcés de demandeurs d'asile et de réfugiés vers des pays à risque ont d'ailleurs été dénoncés par Human Rights Watch et le HCR. Ainsi, l'obtention du statut de réfugié en Lybie par certains requérants, loin d'être rassurante, constitue une preuve supplémentaire de la vulnérabilité des intéressés. La Cour conclut qu'au moment de transférer les requérants vers la Libye les autorités italiennes savaient ou devaient savoir qu'il n'existaient pas de garanties suffisantes les protégeant du risque d'être renvoyés arbitrairement dans leurs pays d'origine respectifs.

Conclusion: violation (unanimité).

3. Article 4 du Protocole n° 4: a) *Recevabilité* – La Cour est appelée pour la première fois à examiner l'applicabilité de cet article à un cas d'éloignement d'étrangers vers un Etat tiers effectué en dehors du territoire national. Elle recherche si le transfert des requérants vers la Lybie a constitué une expulsion collective au sens de cette disposition. La Cour observe que ni le texte ni les travaux préparatoires de la Convention ne s'opposent à une application extraterritoriale de cet article. En outre, en limiter l'application aux expulsions collectives effectuées à partir du territoire national des Etats membres aurait pour effet de soustraire à l'empire de cette disposition une partie importante des phénomènes migratoires contemporains et de priver les migrants ayant pris la mer, souvent au péril de leur vie, sans parvenir à atteindre les frontières d'un Etat, d'un examen de leur situation personnelle avant expulsion, contrairement à ceux ayant pris la voie terrestre. La notion d'expulsion est, comme la notion de « juridiction », principalement liée au territoire national. Toutefois, là où elle reconnaît, comme en l'espèce, qu'un Etat a exercé, à titre exceptionnel, sa juridiction en dehors de son territoire national, la Cour peut admettre que l'exercice de la juridiction extraterritoriale de cet Etat a pris la forme d'une expulsion collective. En outre, la spécificité du contexte maritime ne saurait aboutir à la consécration d'un espace de non-droit au sein duquel les individus ne relèveraient d'aucun régime juridique susceptible de leur accorder la jouissance des droits et garanties prévus par la Convention. L'article 4 du Protocole n° 4 est donc applicable en l'espèce.

Conclusion: recevable (unanimité).

b) *Fond* – Le transfert des requérants vers la Libye a eu lieu sans examen des situations individuelles. Aucune procédure d'identification n'a été menée par les autorités italiennes, qui ont simplement embarqué les intéressés avant de les débarquer en Libye. L'éloignement des requérants a eu un caractère collectif contraire à l'article 4 du Protocole n° 4.

Conclusion: violation (unanimité).

4. Article 13 combiné avec les article 3 de la Convention et 4 du Protocole n° 4: le gouvernement italien admet que la vérification des situations individuelles des requérants n'était pas envisageable à bord des navires militaires sur lesquels ils ont embarqué. Le personnel à bord ne comptait d'ailleurs ni interprètes ni conseils juridiques. Les requérants allèguent n'avoir reçu aucune information de la part des militaires italiens, lesquels leur auraient fait croire qu'ils étaient dirigés vers l'Italie et ne les auraient pas renseignés sur la procédure à suivre pour empêcher leur renvoi en Libye. Cette version des faits, si elle est contestée par le Gouvernement, est corroborée par de nombreux témoignages recueillis par le HCR, le CPT et Human Rights Watch, et la Cour y attache un poids particulier. Elle réitère ici l'importance de garantir aux personnes concernées par une mesure d'éloignement, mesure dont les conséquences sont potentiellement irréversibles, le droit d'obtenir des informations suffisantes leur permettant d'avoir un accès effectif aux procédures et d'étayer leurs griefs. Un recours pénal diligenté contre les militaires qui étaient à bord des navires, s'il était accessible en pratique, ne remplissait pas le critère de l'effet suspensif exigé par l'article 13 de la Convention. Les requérants ont ainsi été privés de toute voie de recours qui leur eût permis de soumettre à une autorité compétente leurs griefs tirés des articles 3 de la Convention et 4 du Protocole n° 4, et d'obtenir un contrôle attentif et rigoureux de leurs demandes avant que la mesure d'éloignement ne soit mise à exécution. Conclusion : violation (unanimité).

Article 46: il incombe au gouvernement italien d'entreprendre toutes les démarches possibles pour obtenir des autorités libyennes l'assurance que les requérants ne seront ni soumis à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention ni rapatriés arbitrairement.

Article 41: la Cour alloue une somme à chacun des requérants pour préjudice moral.

Jurisprudence citée par la Cour

Golder c. Royaume-Uni, 21 février 1975, série A n° 18

Becker c. Danemark, n° 7011/75, décision de la Commission du 3 octobre 1975, Décisions et rapports 4

K.G. c. R.F.A., n° 7704/76, décision de la Commission du 11 mars 1977, non publiée

O. et autres c. Luxembourg, n° 7757/77, décision de la Commission du 3 mars 1978, non publiée

Marckx c. Belgique, 13 juin 1979, série A n° 31

- Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, série A n° 32
- Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A n° 45
- Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, série A n° 94
- A. et autres c. Pays-Bas*, n° 14209/88, décision de la Commission du 16 décembre 1988, Décisions et rapports 59
- Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n° 161
- Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, 30 octobre 1991, série A n° 215
- Drozd et Janousek c. France et Espagne*, 26 juin 1992, série A n° 240
- Scherer c. Suisse*, 25 mars 1994, série A n° 287
- Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, série A n° 310
- Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V
- Ahmed c. Autriche*, 17 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI
- Öhlinger c. Autriche*, n° 21444/93, rapport de la Commission du 14 janvier 1997, non publié
- X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, *Recueil* 1997-II
- H.L.R. c. France*, 29 avril 1997, *Recueil* 1997-III
- Boujifla c. France*, 21 octobre 1997, *Recueil* 1997-VI
- Matthews c. Royaume-Uni* [GC], n° 24833/94, CEDH 1999-I
- Andric c. Suède* (déc.), n° 45917/99, 23 février 1999
- V. c. Royaume-Uni* [GC], n° 24888/94, CEDH 1999-IX
- T.I. c. Royaume-Uni* (déc.), n° 43844/98, CEDH 2000-III
- Velikova c. Bulgarie*, n° 41488/98, CEDH 2000-VI
- Jabari c. Turquie*, n° 40035/98, CEDH 2000-VIII
- Kudla c. Pologne* [GC], n° 30210/96, CEDH 2000-XI
- Xhvara et autres c. Italie et Albanie* (déc.), n° 39473/98, 11 janvier 2001
- Hilal c. Royaume-Uni*, n° 45276/99, CEDH 2001-II
- Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne* [GC], n° 42527/98, CEDH 2001-VIII
- Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI
- Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, CEDH 2001-XII
- Čonka c. Belgique*, n° 51564/99, CEDH 2002-I
- Assanidzé c. Géorgie* [GC], n° 71503/01, CEDH 2004-II
- Ilașcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, CEDH 2004-VII
- Mamatkulov et Askarov c. Turquie* [GC], n° 46827/99 et 46951/99, CEDH 2005-I
- Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie*, n° 36378/02, CEDH 2005-III
- Muslim c. Turquie*, n° 53566/99, 26 avril 2005
- Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, CEDH 2005-IV
- Davydov c. Estonie* (déc.), n° 16387/03, 31 mai 2005
- Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* [GC], n° 45036/98, CEDH 2005-VI
- Said c. Pays-Bas*, n° 2345/02, CEDH 2005-VI

- Berisha et Haljiti c. ex-République yougoslave de Macédoine* (déc.), n° 18670/03, CEDH 2005-VIII
- Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.) [GC], n° 65731/01 et 65900/01, CEDH 2005-X
- Leyla Şahin c. Turquie* [GC], n° 44774/98, CEDH 2005-XI
- Thévenon c. France* (déc.), n° 2476/02, CEDH 2006-III
- Popov c. Russie*, n° 26853/04, 13 juillet 2006
- Salah Sheekh c. Pays-Bas*, n° 1948/04, 11 janvier 2007
- Al-Moayad c. Allemagne* (déc.), n° 35865/03, 20 février 2007
- Gebremedhin [Gaberamadhiben] c. France*, n° 25389/05, CEDH 2007-II
- Sultani c. France*, n° 45223/05, CEDH 2007-IV
- Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, CEDH 2008
- Riabov c. Russie*, n° 3896/04, 31 janvier 2008
- Saadi c. Italie* [GC], n° 37201/06, CEDH 2008
- Demir et Baykara c. Turquie* [GC], n° 34503/97, CEDH 2008
- Alexanian c. Russie*, n° 46468/06, 22 décembre 2008
- Léger c. France* (radiation) [GC], n° 19324/02, 30 mars 2009
- Ghulami c. France* (déc.), n° 45302/05, 7 avril 2009
- Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse* (n° 2) [GC], n° 32772/02, CEDH 2009
- Hussun et autres c. Italie* (radiation), n° 10171/05, 10601/05, 11593/05 et 17165/05, 19 janvier 2010
- Al-Saadoon et Mufdbi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, CEDH 2010
- Medvedyev et autres c. France* [GC], n° 3394/03, CEDH 2010
- M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, CEDH 2011
- Dritsas et autres c. Italie* (déc.), n° 2344/02, 1^{er} février 2011
- Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*, n° 8319/07 et 11449/07, 28 juin 2011
- Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, CEDH 2011

En l'affaire Hirsi Jamaa et autres c. Italie,

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

Nicolas Bratza, *président*,
Jean-Paul Costa,
Françoise Tulkens,
Josep Casadevall,
Nina Vajić,
Dean Spielmann,
Peer Lorenzen,
Ljiljana Mijović,
Dragoljub Popović,
Giorgio Malinvernì,
Mirjana Lazarova Trajkovska,
Nona Tsotsoria,
İşıl KarakAŞ,
Kristina Pardalos,
Guido Raimondi,
Vincent A. De Gaetano,
Paulo Pinto de Albuquerque, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 22 juin 2011 et le 19 janvier 2012,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 27765/09) dirigée contre la République italienne et dont onze ressortissants somaliens et treize ressortissants érythréens («les requérants»), dont les noms et les dates de naissance figurent sur la liste annexée au présent arrêt, ont saisi la Cour le 26 mai 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^e A.G. Lana et M^e A. Saccucci, avocats à Rome. Le gouvernement italien («le Gouvernement») est représenté par son agent, M^{me} E. Spatafora, et par son coagent, M^{me} S. Coppari.

3. Les requérants alléguent en particulier que leur transfert vers la Libye par les autorités italiennes avait violé les articles 3 de la Convention et 4 du Protocole n°4, et ils dénonçaient l'absence d'un recours conforme à

l'article 13 de la Convention, qui leur eût permis de faire examiner les griefs précités.

4. La requête a été attribuée à la deuxième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour). Le 17 novembre 2009, une chambre de ladite section a décidé de communiquer la requête au Gouvernement. Le 15 février 2011, la chambre, composée de Françoise Tulkens, présidente, Ireneu Cabral Barreto, Dragoljub Popović, Nona Tsotsoria, Işıl Karakaş, Kristina Pardalos, Guido Raimondi, 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 opposée (articles 30 de la Convention et 72 du règlement).

5. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 27 §§ 2 et 3 de la Convention et 24 du règlement.

6. Comme le permet l'article 29 § 1 de la Convention, il a été décidé que la Grande Chambre se prononcerait en même temps sur la recevabilité et le fond de la requête.

7. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire. A l'audience, chacune des parties a répondu aux observations de l'autre (article 44 § 5 du règlement). Des observations écrites ont également été reçues du Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés, de Human Rights Watch, de la Columbia Law School Human Rights Clinic, du AIRE Centre, d'Amnesty International ainsi que de la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, agissant collectivement. Le président de la chambre les avait autorisés à intervenir en vertu de l'article 36 § 2 de la Convention. Des observations ont également été reçues du Haut Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme, que le président de la Cour avait autorisé à intervenir. Le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés a en outre été autorisé à participer à la procédure orale.

8. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 22 juin 2011 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– pour le Gouvernement

M ^{me}	S. Coppari,	<i>coagent,</i>
M ^e	G. Albenzio, avocat de l'Etat;	

– pour les requérants

M ^{es}	A.G. Lana,	<i>conseils,</i>
	A. Saccucci,	
M ^{me}	A. Sironi,	<i>assistante;</i>

- pour le *Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés*,
tiers intervenant
- M^{me} M. Garlick, chef de l’unité pour la politique générale
et l’appui juridique, Bureau pour l’Europe, *conseil*;
- M. C. Wouters, conseiller principal en droit des réfugiés,
Division de la protection nationale,
- M. S. Boutruche, conseiller juridique
de l’unité de soutien politique et juridique,
Bureau pour l’Europe, *conseillers*.

La Cour a entendu M^{me} Coppari, M^e Albenzio, M^e Lana, M^e Saccucci et M^{me} Garlick en leurs déclarations ainsi qu’en leurs réponses à ses questions.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L’ESPÈCE

A. L’interception et le renvoi des requérants en Libye

9. Les requérants, onze ressortissants somaliens et treize ressortissants érythréens, font partie d’un groupe d’environ deux cents personnes qui quittèrent la Libye à bord de trois embarcations dans le but de rejoindre les côtes italiennes.

10. Le 6 mai 2009, alors que les embarcations se trouvaient à 35 milles marins au sud de Lampedusa (Agrigente), c’est-à-dire à l’intérieur de la zone maritime de recherche et de sauvetage («zone de responsabilité SAR») relevant de la compétence de Malte, elles furent approchées par trois navires de la garde des finances et des garde-côtes italiens.

11. Les occupants des embarcations interceptées furent transférés sur les navires militaires italiens et reconduits à Tripoli. Les requérants affirment que, pendant le voyage, les autorités italiennes ne les ont pas informés de leur véritable destination et n’ont effectué aucune procédure d’identification.

Tous leurs effets personnels, y compris des documents attestant leur identité, furent confisqués par les militaires.

12. Une fois arrivés au port de Tripoli, après dix heures de navigation, les migrants furent livrés aux autorités libyennes. Selon la version des faits présentée par les requérants, ceux-ci s’opposèrent à leur remise aux autorités libyennes, mais on les obligea par la force à quitter les navires italiens.

13. Lors d’une conférence de presse tenue le 7 mai 2009, le ministre de l’Intérieur italien déclara que les opérations d’interception des embarcations

en haute mer et de renvoi des migrants en Libye faisaient suite à l'entrée en vigueur, le 4 février 2009, d'accords bilatéraux conclus avec la Libye, et constituaient un tournant important dans la lutte contre l'immigration clandestine. Le 25 mai 2009, lors d'une intervention devant le Sénat, le ministre indiqua que, du 6 au 10 mai 2009, plus de 471 migrants clandestins avaient été interceptés en haute mer et transférés vers la Libye conformément auxdits accords bilatéraux. Après avoir expliqué que les opérations avaient été conduites en application du principe de coopération entre Etats, le ministre soutint que la politique de renvoi constituait un moyen très efficace de lutter contre l'immigration clandestine. Ladite politique décourageait les organisations criminelles liées au trafic illicite et à la traite des êtres humains, contribuait à sauver des vies en mer et réduisait sensiblement les débarquements de clandestins sur les côtes italiennes, débarquements qui en mai 2009 avaient été cinq fois moins nombreux qu'en mai 2008, selon le ministre de l'Intérieur.

14. Au cours de l'année 2009, l'Italie pratiqua neuf interceptions de clandestins en haute mer conformément aux accords bilatéraux avec la Libye.

B. Le sort des requérants et leurs contacts avec leurs représentants

15. Selon les informations transmises à la Cour par les représentants des requérants, deux d'entre eux, M. Mohamed Abukar Mohamed et M. Hasan Shariff Abbirahman (respectivement n° 10 et n° 11 sur la liste annexée au présent arrêt), sont décédés après les faits dans des circonstances inconnues.

16. Après l'introduction de la requête, les avocats ont pu garder des contacts avec les autres requérants. Ceux-ci étaient joignables par téléphone et par courrier électronique.

Entre juin et octobre 2009, quatorze d'entre eux (indiqués sur la liste) se sont vu accorder le statut de réfugié par le bureau du Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR) de Tripoli.

17. A la suite de la révolte qui a éclaté en Libye en février 2011 et qui a poussé un grand nombre de personnes à fuir le pays, la qualité des contacts entre les requérants et leurs représentants s'est dégradée. Les avocats sont actuellement en contact avec six des requérants :

– M. Ermias Berhane (n° 20 sur la liste) est parvenu à rejoindre clandestinement les côtes italiennes. Le 25 mai 2011, la Commission territoriale de Crotone lui a octroyé le statut de réfugié;

– M. Habtom Tsegay (n° 19 sur la liste) se trouve actuellement au camp de Choucha, en Tunisie. Il envisage de rejoindre l'Italie;

– M. Kiflom Tesfazion Kidan (n° 24 sur la liste) réside à Malte;

- M. Hayelom Mogos Kidane et M. Waldu Habtemchael (respectivement n° 23 et n° 13 sur la liste) résident en Suisse, où ils attendent une réponse à leur demande de protection internationale ;
- M. Roberl Abzighi Yohannes (n° 21 sur la liste) réside au Bénin.

II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

A. Le code de la navigation

18. L'article 4 du code de la navigation du 30 mars 1942, modifié en 2002, se lit ainsi :

« Les navires italiens en haute mer ainsi que les aéronefs se trouvant dans un espace non soumis à la souveraineté d'un Etat sont considérés comme étant territoire italien ».

B. Les accords bilatéraux entre l'Italie et la Libye

19. Le 29 décembre 2007, l'Italie et la Libye signèrent à Tripoli un accord bilatéral de coopération pour la lutte contre l'immigration clandestine. Le même jour, les deux pays signèrent également un protocole additionnel fixant les modalités opérationnelles et techniques de la mise à exécution dudit accord. L'article 2 de l'accord est ainsi libellé :

« L'Italie et la Grande Jamahiriya [arabe libyenne populaire socialiste] s'engagent à organiser des patrouilles maritimes à l'aide de six navires mis à disposition, à titre temporaire, par l'Italie. A bord des navires seront embarqués des équipages mixtes, formés de personnel libyen ainsi que d'agents de police italiens, aux fins de l'entraînement, de la formation et de l'assistance technique pour l'utilisation et la manutention des navires. Les opérations de contrôle, de recherche et de sauvetage seront conduites dans les lieux de départ et de transit des embarcations destinées au transport d'immigrés clandestins, tant dans les eaux territoriales libyennes que dans les eaux internationales, dans le respect des conventions internationales en vigueur et selon les modalités opérationnelles qui seront définies par les autorités compétentes des deux pays. » (Traduction non officielle)

Par ailleurs, l'Italie s'engageait à céder à la Libye, pour une période de trois ans, trois navires sans pavillon (article 3 de l'accord) et à promouvoir auprès des organes de l'Union européenne la conclusion d'un accord-cadre entre l'Union européenne et la Libye (article 4 de l'accord).

Enfin, selon l'article 7 de l'accord bilatéral, la Libye s'engageait à « coordonner ses efforts avec ceux des pays d'origine pour la réduction de l'immigration clandestine et pour le rapatriement des immigrés ».

Le 4 février 2009, l'Italie et la Libye signèrent à Tripoli un protocole additionnel visant au renforcement de la collaboration bilatérale aux fins de la lutte contre l'immigration clandestine. Ce dernier protocole modifiait

partiellement l'accord du 29 décembre 2007, notamment par l'introduction d'un nouvel article, ainsi libellé :

« Les deux pays s'engagent à organiser des patrouilles maritimes avec des équipages communs formés de personnel italien et de personnel libyen, équivalents en nombre, expérience et compétence. Les patrouilles opèrent dans les eaux libyennes et internationales sous la supervision de personnel libyen et avec la participation d'équipages italiens, et dans les eaux italiennes et internationales sous la supervision de personnel italien et avec la participation de personnel libyen. »

La propriété des navires offerts par l'Italie en vertu de l'article 3 de l'accord du 29 décembre 2007 sera cédée définitivement à la Libye.

Les deux pays s'engagent à rapatrier les immigrés clandestins et à conclure des accords avec les pays d'origine pour limiter le phénomène de l'immigration clandestine. » (Traduction non officielle)

20. Le 30 août 2008, l'Italie et la Libye signèrent à Benghazi le Traité d'amitié, de partenariat et de coopération, qui prévoit en son article 19 des efforts pour la prévention du phénomène de l'immigration clandestine dans les pays d'origine des flux migratoires. Aux termes de l'article 6 de ce traité, l'Italie et la Libye s'engageaient à agir conformément aux principes de la Charte des Nations unies et de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

21. D'après une déclaration du ministre italien de la Défense, en date du 26 février 2011, l'application des accords entre l'Italie et la Libye a été suspendue à la suite des événements de 2011.

III. LES ÉLÉMENTS PERTINENTS DE DROIT INTERNATIONAL ET DE DROIT EUROPÉEN

A. La Convention de Genève relative au statut des réfugiés (« Convention de Genève ») (1951)

22. L'Italie est partie à la Convention de Genève, qui définit les modalités selon lesquelles un Etat doit accorder le statut de réfugié aux personnes qui en font la demande, ainsi que les droits et les devoirs de ces personnes. Les articles 1 et 33 § 1 de ladite convention disposent :

Article 1

« (...) Aux fins de la présente Convention, le terme « réfugié » s'appliquera à toute personne (...) qui, (...) craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence

habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner(...)»

Article 33 § 1

«Aucun des Etats contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.»

23. Dans sa note sur la protection internationale du 13 septembre 2001 (A/AC.96/951, § 16), le HCR, qui a pour mandat de veiller à la manière dont les Etats parties appliquent la Convention de Genève, a indiqué que le principe énoncé à l'article 33, dit du «non-refoulement», était:

«un principe de protection cardinal (...) ne tolérant aucune réserve. A bien des égards, ce principe est le complément logique du droit de chercher asile reconnu dans la Déclaration universelle des droits de l'homme. Ce droit en est venu à être considéré comme une règle de droit international coutumier liant tous les Etats. En outre, le droit international des droits de l'homme a établi le non-refoulement comme un élément fondamental de l'interdiction absolue de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants. L'obligation de ne pas refouler est également reconnue comme s'appliquant aux réfugiés indépendamment de leur reconnaissance officielle, ce qui inclut de toute évidence les demandeurs d'asile dont le statut n'a pas encore été déterminé. Elle couvre toute mesure attribuable à un Etat qui pourrait avoir pour effet de renvoyer un demandeur d'asile ou un réfugié vers les frontières d'un territoire où sa vie ou sa liberté serait menacées, et où il risquerait une persécution. Cela inclut le rejet aux frontières, l'interception et le refoulement indirect, qu'il s'agisse d'un individu en quête d'asile ou d'un afflux massif.»

B. La Convention des Nations unies sur le droit de la mer (``Convention de Montego Bay``) (1982)

24. Les articles pertinents de la Convention de Montego Bay sont ainsi libellés:

Article 92 Condition juridique des navires

«1. Les navires naviguent sous le pavillon d'un seul Etat et sont soumis, sauf dans les cas exceptionnels expressément prévus par des traités internationaux ou par la Convention, à sa juridiction exclusive en haute mer (...)»

Article 94 Obligations de l'Etat du pavillon

«1. Tout Etat exerce effectivement sa juridiction et son contrôle dans les domaines administratif, technique et social sur les navires battant son pavillon.»

Article 98

Obligation de prêter assistance

« 1. Tout Etat exige du capitaine d'un navire battant son pavillon que, pour autant que cela lui est possible sans faire courir de risques graves au navire, à l'équipage ou aux passagers :

- a) il prête assistance à quiconque est trouvé en péril en mer;
 - b) il se porte aussi vite que possible au secours des personnes en détresse s'il est informé qu'elles ont besoin d'assistance, dans la mesure où l'on peut raisonnablement s'attendre qu'il agisse de la sorte;
- (...) »

C. La Convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritimes (« Convention SAR ») (1979, modifiée en 2004)

25. Le point 3.1.9 de l'annexe de la Convention SAR dispose :

« Les Parties doivent assurer la coordination et la coopération nécessaires pour que les capitaines de navires qui prêtent assistance en embarquant des personnes en détresse en mer soient dégagés de leurs obligations et s'écartent le moins possible de la route prévue, sans que le fait de les dégager de ces obligations ne compromette davantage la sauvegarde de la vie humaine en mer. La Partie responsable de la région de recherche et de sauvetage dans laquelle une assistance est prêtée assume au premier chef la responsabilité de veiller à ce que cette coordination et cette coopération soient assurées, afin que les survivants secourus soient débarqués du navire qui les a recueillis et conduits en lieu sûr, compte tenu de la situation particulière et des directives élaborées par l'Organisation [maritime internationale]. Dans ces cas, les Parties intéressées doivent prendre les dispositions nécessaires pour que ce débarquement ait lieu dans les meilleurs délais raisonnablement possibles. »

D. Le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée (« Protocole de Palerme ») (2000)

26. L'article 19 § 1 du Protocole de Palerme est libellé comme suit :

« Aucune disposition du présent Protocole n'a d'incidences sur les autres droits, obligations et responsabilités des Etats et des particuliers en vertu du droit international, y compris du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l'homme et en particulier, lorsqu'ils s'appliquent, de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés ainsi que du principe de non-refoulement qui y est énoncé. »

E. La Résolution 1821 (2011) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

27. Le 21 juin 2011, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté la Résolution sur l'interception et le sauvetage en mer de demandeurs d'asile, de réfugiés et de migrants en situation irrégulière, qui se lit ainsi :

« 1. La surveillance des frontières méridionales de l'Europe est devenue une priorité régionale. Le continent européen doit en effet faire face à l'arrivée relativement importante de flux migratoires par la mer en provenance d'Afrique et arrivant en Europe principalement via l'Italie, Malte, l'Espagne, la Grèce et Chypre.

2. Des migrants, des réfugiés, des demandeurs d'asile et d'autres personnes mettent leur vie en péril pour rejoindre les frontières méridionales de l'Europe, généralement dans des embarcations de fortune. Ces voyages, toujours effectués par des moyens irréguliers et pour la plupart à bord de navires sans pavillon, au risque de tomber entre les mains de réseaux de trafic de migrants et de traite des êtres humains, sont l'expression de la détresse des personnes embarquées, qui n'ont pas de moyen régulier et surtout pas de moyen moins risqué de gagner l'Europe.

3. Même si le nombre d'arrivées par mer a drastiquement diminué ces dernières années, avec pour effet de déplacer les routes migratoires (notamment vers la frontière terrestre entre la Turquie et la Grèce), l'Assemblée parlementaire, rappelant notamment sa Résolution 1637 (2008) « Les boat people en Europe: arrivée par mer de flux migratoires mixtes en Europe du Sud », exprime à nouveau ses vives préoccupations concernant les mesures prises pour gérer l'arrivée par mer de ces flux migratoires mixtes. De nombreuses personnes en détresse en mer ont été sauvées et de nombreuses personnes tentant de rejoindre l'Europe ont été renvoyées, mais la liste des incidents mortels – aussi tragiques que prévisibles – est longue et elle augmente actuellement presque chaque jour.

4. Par ailleurs, les récentes arrivées en Italie et à Malte survenues à la suite des bouleversements en Afrique du Nord confirment la nécessité pour l'Europe d'être prête à affronter, à tout moment, l'arrivée massive de migrants irréguliers, de demandeurs d'asile et de réfugiés sur ses côtes méridionales.

5. L'Assemblée constate que la gestion de ces arrivées par mer soulève de nombreux problèmes, parmi lesquels cinq sont particulièrement inquiétants :

5.1. alors que plusieurs instruments internationaux pertinents s'appliquent en la matière et énoncent de manière satisfaisante les droits et les obligations des Etats et des individus, il semble y avoir des divergences dans l'interprétation de leur contenu. Certains Etats ne sont pas d'accord sur la nature et l'étendue de leurs responsabilités dans certains cas et certains Etats remettent également en question l'application du principe de non-refoulement en haute mer;

5.2. bien que la priorité absolue en cas d'interception en mer soit d'assurer le débarquement rapide des personnes secourues en « lieu sûr », la notion de « lieu sûr » ne semble pas être interprétée de la même manière par tous les Etats membres. Or, il est

clair que la notion de « lieu sûr » ne saurait se limiter à la seule protection physique des personnes mais qu'elle englobe nécessairement le respect de leurs droits fondamentaux;

5.3. ces désaccords mettent directement en péril la vie des personnes à secourir, notamment en retardant ou en empêchant les actions de sauvetage, et sont susceptibles de dissuader les marins de venir au secours des personnes en détresse en mer. De plus, ils pourraient avoir pour conséquence la violation du principe de non-refoulement à l'égard d'un nombre important de personnes, y compris à l'égard de personnes ayant besoin de protection internationale;

5.4. alors que l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne (Frontex) joue un rôle de plus en plus important en matière d'interception en mer, les garanties du respect des droits de l'homme et des obligations relevant du droit international et du droit communautaire dans le contexte des opérations conjointes qu'elle coordonne sont insuffisantes;

5.5. enfin, ces arrivées par la mer font peser une charge disproportionnée sur les Etats situés aux frontières méridionales de l'Union européenne. L'objectif d'un partage plus équitable des responsabilités et d'une plus grande solidarité en matière de migration entre les Etats européens est loin d'être atteint.

6. La situation est compliquée par le fait que les flux migratoires concernés sont à caractère mixte et qu'ils demandent donc des réponses spécialisées prenant en compte les besoins de protection et adaptées au statut des personnes secourues. Pour apporter aux arrivées par mer une réponse adéquate et conforme aux normes internationales pertinentes, les Etats doivent tenir compte de cet élément dans leurs politiques et activités de gestion des migrations.

7. L'Assemblée rappelle aux Etats membres leurs obligations relevant du droit international, notamment au terme de la Convention européenne des droits de l'homme, de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer de 1982 et de la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés, en particulier le principe de non-refoulement et le droit de demander l'asile. L'Assemblée rappelle également les obligations des Etats parties à la Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer de 1974 et à la Convention internationale de 1979 sur la recherche et le sauvetage maritimes.

8. Enfin et surtout, l'Assemblée rappelle aux Etats membres qu'ils ont l'obligation tant morale que légale de secourir les personnes en détresse en mer sans le moindre délai et réaffirme sans ambiguïté l'interprétation faite par le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR), selon laquelle le principe de non-refoulement s'applique également en haute mer. La haute mer n'est pas une zone dans laquelle les Etats sont exempts de leurs obligations juridiques, y compris de leurs obligations issues du droit international des droits de l'homme et du droit international des réfugiés.

9. L'Assemblée appelle donc les Etats membres, dans la conduite des activités de surveillance des frontières maritimes, que ce soit dans le contexte de la prévention du trafic illicite et de la traite des êtres humains ou dans celui de la gestion des frontières, qu'ils exercent leur juridiction de droit ou de fait:

- 9.1. à répondre sans exception et sans délai à leur obligation de secourir les personnes en détresse en mer;
- 9.2. à veiller à ce que leurs politiques et activités relatives à la gestion de leurs frontières, y compris les mesures d'interception, reconnaissent la composition mixte des flux de personnes tentant de franchir les frontières maritimes;
- 9.3. à garantir à toutes les personnes interceptées un traitement humain et le respect systématique de leurs droits de l'homme, y compris du principe de non-refoulement, indépendamment du fait que les mesures d'interception soient mises en œuvre dans leurs propres eaux territoriales, dans celles d'un autre Etat sur la base d'un accord bilatéral *ad hoc*, ou en haute mer;
- 9.4. à s'abstenir de recourir à toute pratique pouvant s'apparenter à un refoulement direct ou indirect, y compris en haute mer, en respect de l'interprétation de l'application extraterritoriale de ce principe faite par le HCR et des arrêts pertinents de la Cour européenne des droits de l'homme;
- 9.5. à assurer en priorité le débarquement rapide des personnes secourues en « lieu sûr » et à considérer comme lieu sûr un lieu susceptible de répondre aux besoins immédiats des personnes débarquées, qui ne mette nullement en péril leurs droits fondamentaux; la notion de « sûreté » allant au-delà de la simple protection du danger physique et prenant également en compte la perspective des droits fondamentaux du lieu de débarquement proposé;
- 9.6. à garantir aux personnes interceptées ayant besoin d'une protection internationale l'accès à une procédure d'asile juste et efficace;
- 9.7. à garantir aux personnes interceptées victimes de la traite des êtres humains ou risquant de le devenir, l'accès à une protection et une assistance, y compris aux procédures d'asile;
- 9.8. à veiller à ce que le placement en rétention de personnes interceptées – en excluant systématiquement les mineurs et les groupes vulnérables – indépendamment de leur statut, soit autorisé par les autorités judiciaires et qu'il n'ait lieu qu'en cas de nécessité et pour des motifs prescrits par la loi, en l'absence de toute autre alternative appropriée et dans le respect des normes minimales et des principes définis dans la Résolution 1707 (2010) de l'Assemblée sur la rétention administrative des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en Europe;
- 9.9. à suspendre les accords bilatéraux qu'ils peuvent avoir passés avec des Etats tiers si les droits fondamentaux des personnes interceptées n'y sont pas garantis adéquatement, notamment leur droit d'accès à une procédure d'asile, et dès lors qu'ils peuvent s'apparenter à une violation du principe de non-refoulement, et à conclure de nouveaux accords bilatéraux contenant expressément de telles garanties en matière de droits de l'homme et des mesures en vue de leur contrôle régulier et effectif;
- 9.10. à signer et ratifier, s'ils ne l'ont pas encore fait, les instruments internationaux pertinents susmentionnés et à tenir compte des directives de l'Organisation maritime internationale (OMI) sur le traitement des personnes secourues en mer;

9.11. à signer et ratifier, s'ils ne l'ont pas encore fait, la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (STCE n° 197) et les Protocoles dits «de Palerme» à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée (2000);

9.12. à veiller à ce que les opérations de surveillance aux frontières maritimes et les mesures de contrôle aux frontières n'entravent pas la protection spécifique accordée au titre du droit international aux catégories vulnérables telles que les réfugiés, les personnes apatrides, les enfants non accompagnés et les femmes, les migrants, les victimes de la traite ou les personnes risquant de le devenir, ainsi que les victimes de tortures et de traumatismes.

10. L'Assemblée est inquiète de l'absence de clarté en ce qui concerne les responsabilités respectives des Etats membres de l'Union européenne et de Frontex, et du manque de garanties adéquates du respect des droits fondamentaux et des normes internationales dans le cadre des opérations conjointes coordonnées par cette agence. Alors que l'Assemblée se félicite des propositions présentées par la Commission européenne pour modifier le règlement de cette agence afin de renforcer les garanties du plein respect des droits fondamentaux, elle les juge insuffisantes et souhaiterait que le Parlement européen soit chargé du contrôle démocratique des activités de cette agence, notamment eu égard au respect des droits fondamentaux.

11. L'Assemblée considère également qu'il est essentiel que des efforts soient entrepris pour remédier aux causes premières qui poussent des personnes désespérées à s'embarquer en direction de l'Europe au péril de leur vie. L'Assemblée appelle tous les Etats membres à renforcer leurs efforts en faveur de la paix, de l'Etat de droit et de la prospérité dans les pays d'origine des candidats à l'immigration et des demandeurs d'asile.

12. Enfin, étant donné les sérieux défis posés aux Etats côtiers par l'arrivée irrégulière par mer de flux mixtes de personnes, l'Assemblée appelle la communauté internationale, en particulier l'OMI, le HCR, l'Organisation internationale pour les migrations (OIM), le Conseil de l'Europe et l'Union européenne (y compris Frontex et le Bureau européen d'appui en matière d'asile) :

12.1. à fournir toute l'assistance requise à ces Etats dans un esprit de solidarité et de partage des responsabilités;

12.2. sous l'égide de l'OMI, à déployer des efforts concertés afin de garantir une approche cohérente et harmonisée du droit maritime international, au moyen, notamment, d'un accord sur la définition et le contenu des principaux termes et normes;

12.3. à mettre en place un groupe interagences chargé d'étudier et de résoudre les problèmes principaux en matière d'interception en mer, y compris les cinq problèmes identifiés dans cette résolution, de fixer des priorités politiques précises, de conseiller les Etats et autres acteurs concernés, et de contrôler et évaluer la mise en œuvre des mesures d'interception en mer. Le groupe devrait être composé de membres de l'OMI, du HCR, de l'OIM, du Conseil de l'Europe, de Frontex et du Bureau européen d'appui en matière d'asile. »

F. Le droit de l'Union européenne

1. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000)

28. L'article 19 de ladite charte dispose :

« Protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition

1. Les expulsions collectives sont interdites.

2. Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un Etat où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants.»

2. L'accord de Schengen (1985)

29. L'article 17 dudit accord est ainsi libellé :

« En matière de circulation des personnes, les Parties chercheront à supprimer les contrôles aux frontières communes et à les transférer à leurs frontières externes. A cette fin, elles s'efforceront préalablement d'harmoniser, si besoin est, les dispositions législatives et réglementaires relatives aux interdictions et restrictions qui fondent les contrôles et de prendre des mesures complémentaires pour la sauvegarde de la sécurité et pour faire obstacle à l'immigration illégale de ressortissants d'Etats non-membres des Communautés européennes.»

3. Le Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne (Frontex)

30. Le règlement (CE) n° 2007/2004 contient les dispositions suivantes :

« 1) La politique communautaire relative aux frontières extérieures de l'Union européenne vise à mettre en place une gestion intégrée garantissant un niveau élevé et uniforme de contrôle et de surveillance qui constitue le corollaire indispensable de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne et un élément déterminant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. A cette fin, il est prévu d'établir des règles communes relatives aux normes et aux procédures de contrôle aux frontières extérieures.

2) Pour mettre efficacement en œuvre les règles communes, il importe d'accroître la coordination de la coopération opérationnelle entre Etats membres.

3) En tenant compte de l'expérience de l'instance commune de praticiens des frontières extérieures opérant au sein du Conseil, un organisme d'experts spécialisé chargé d'améliorer la coordination de la coopération opérationnelle entre Etats membres en matière de gestion des frontières extérieures devrait être créé sous la forme d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux

frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne, ci-après dénommée «l'Agence».

4) La responsabilité du contrôle et de la surveillance des frontières extérieures incombe aux Etats membres. L'Agence vise à faciliter l'application des mesures communautaires existantes ou futures relatives à la gestion des frontières extérieures en assurant la coordination des dispositions d'exécution correspondantes prises par les Etats membres.

5) Il est de la plus haute importance pour les Etats membres qu'un contrôle et une surveillance effectifs des frontières extérieures soient assurés, indépendamment de leur situation géographique. En conséquence, il est nécessaire de promouvoir la solidarité entre les Etats membres dans le domaine de la gestion des frontières extérieures. La création de l'Agence, qui assiste les Etats membres dans la mise en œuvre opérationnelle de la gestion de leurs frontières extérieures, notamment du retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire, constitue une avancée importante dans ce sens.»

4. Le Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen)

31. L'article 3 du règlement (CE) n° 562/2006 dispose :

«Le présent règlement s'applique à toute personne franchissant la frontière intérieure ou extérieure d'un Etat membre, sans préjudice :

- a) des droits des personnes jouissant du droit communautaire à la libre circulation ;
- b) des droits des réfugiés et des personnes demandant une protection internationale, notamment en ce qui concerne le non-refoulement.»

5. La Décision du Conseil du 26 avril 2010 visant à compléter le code frontières Schengen en ce qui concerne la surveillance des frontières extérieures maritimes dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne (2010/252/UE)

32. La décision du Conseil du 26 avril 2010 précise en son annexe :

«Règles applicables aux opérations aux frontières maritimes coordonnées par l'Agence [Frontex]

1. Principes généraux

1.1. Les mesures prises aux fins d'une opération de surveillance sont exécutées dans le respect des droits fondamentaux et de façon à ne pas mettre en danger la sécurité des personnes interceptées ou secourues ni celle des unités participantes.

1.2. Nul n'est débarqué dans un pays ni livré aux autorités de celui-ci en violation du principe de non-refoulement ou s'il existe un risque de refoulement ou de renvoi vers un autre pays en violation de ce principe. Sans préjudice du point 1.1, les personnes interceptées ou secourues sont informées de manière adéquate afin qu'elles puissent expliquer les raisons pour lesquelles un débarquement à l'endroit proposé serait contraire au principe de non-refoulement.

1.3. Il est tenu compte, pendant toute la durée de l'opération, des besoins spécifiques des enfants, des victimes de la traite des êtres humains, des personnes ayant besoin d'une assistance médicale urgente ou d'une protection internationale et des autres personnes se trouvant dans une situation particulièrement vulnérable.

1.4. Les Etats membres veillent à ce que les gardes-frontières participant à l'opération de surveillance aient reçu une formation au sujet des dispositions applicables en matière de droits de l'homme et de droit des réfugiés et à ce qu'ils soient familiarisés avec le régime international de recherche et de sauvetage.»

IV. LES DOCUMENTS INTERNATIONAUX CONCERNANT LES INTERCEPTIONS EN HAUTE MER PRATIQUÉES PAR L'ITALIE ET LA SITUATION EN LIBYE

A. Le communiqué de presse du Haut Commissaire des Nations unies pour les réfugiés

33. Le 7 mai 2009, le HCR publia un communiqué de presse ainsi libellé:

«Le HCR a exprimé sa vive préoccupation jeudi concernant le sort de quelque 230 personnes secourues en mer mercredi par des vedettes italiennes de patrouille maritime dans la région de recherche et de sauvetage relevant de la compétence des autorités maltaises. Toutes ces personnes ont été renvoyées en Libye sans une évaluation appropriée de leurs éventuels besoins de protection. Le sauvetage est survenu à une distance d'environ 35 milles nautiques au sud-est de l'île de Lampedusa, toutefois à l'intérieur de la zone de recherche et de sauvetage relevant de la compétence des autorités maltaises.

Le renvoi en Libye s'est fait suite à une journée de discussions tendues entre les autorités maltaises et italiennes concernant l'attribution de la responsabilité du sauvetage et du débarquement des personnes en détresse qui se trouvaient à bord des trois bateaux. Bien que se trouvant plus près de Lampedusa, les navires croisaient dans la zone de recherche et de sauvetage relevant de la compétence des autorités maltaises.

Alors qu'aucune information n'est disponible sur les nationalités des personnes qui se trouvaient à bord des vedettes, il est probable que, parmi elles, se trouvaient des personnes ayant besoin d'une protection internationale. En 2008, environ 75 % des personnes arrivées par la mer en Italie ont déposé une demande d'asile et 50 % d'entre elles se sont vu octroyer le statut de réfugié ou une protection pour d'autres raisons humanitaires.

«J'appelle les autorités italiennes et maltaises à continuer d'assurer que les personnes secourues en mer et ayant besoin de protection internationale bénéficient d'un accès sans entrave au territoire et aux procédures d'asile», a indiqué le Haut Commissaire António Guterres.

Cet incident marque un revirement significatif dans les politiques jusqu'alors appliquées par le gouvernement italien et c'est un motif de très sérieuse inquiétude. Le HCR regrette vivement le manque de transparence qui a entouré cet événement.

«Nous travaillons étroitement avec les autorités italiennes à Lampedusa et ailleurs pour garantir que les personnes fuyant la guerre et les persécutions soient protégées dans le respect de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, adoptée à Genève, a ajouté Laurens Jolles, le délégué du HCR à Rome. Il est d'une importance fondamentale que le principe du droit international sur le non-refoulement continue à être pleinement respecté.»

De plus, la Libye n'est pas signataire de la Convention des Nations unies de 1951 relative au statut des réfugiés et ce pays ne dispose pas d'un système national d'asile opérationnel. Le HCR lance un appel pressant aux autorités italiennes pour qu'elles réexaminent leur décision et qu'elles veillent à ne pas mettre en œuvre de telles mesures à l'avenir.»

B. La lettre de M. Jacques Barrot, vice-président de la Commission européenne, en date du 15 juillet 2009

34. Le 15 juillet 2009, M. Jacques Barrot adressa une lettre au président de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen, en réponse à une demande d'avis juridique sur la «reconduite en Libye de plusieurs groupes de migrants par les autorités italiennes par voie maritime». Dans cette lettre, le vice-président de la Commission européenne s'exprimait ainsi :

«Selon les informations dont la Commission dispose, les migrants concernés ont été interceptés en haute mer.

Deux ensembles de règles communautaires doivent être examinés concernant la situation de ressortissants de pays tiers ou d'apatriides qui entendent entrer, d'une manière irrégulière, sur le territoire des Etats membres et dont une partie d'entre eux pourraient avoir besoin d'une protection internationale.

Premièrement, l'acquis communautaire en matière d'asile vise à sauvegarder le droit d'asile, tel qu'énoncé dans l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, et en conformité avec la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés et avec les autres traités pertinents. Cependant cet acquis, y compris la directive sur les procédures d'asile de 2005, s'applique uniquement aux demandes d'asile faites sur le territoire des Etats membres, qui comprend les frontières, les zones de transit ainsi

que, dans le cadre des frontières maritimes, les eaux territoriales des Etats membres. En conséquence, il est clair juridiquement que l'acquis communautaire en matière d'asile ne s'applique pas dans les situations en haute mer.

Deuxièmement, le Code des frontières Schengen (CFS) exige que les Etats membres assurent la surveillance frontalière pour empêcher entre autres le passage des frontières non autorisé (article 12 du règlement (CE) n° 562/2006 (CFS)). Néanmoins, cette obligation communautaire doit être mise en œuvre en conformité avec le principe de non-refoulement et sans préjudice des droits des réfugiés et des personnes demandant la protection internationale.

La Commission est d'avis que les activités de surveillance des frontières effectuées en mer, que ce soit dans les eaux territoriales, la zone contiguë, la zone économique exclusive ou en haute mer, tombent sous le champ d'application du CFS. A cet égard, notre analyse préliminaire juridique permet de supposer que les actes des gardes-frontières italiens correspondent à la notion de «surveillance de frontières», comme énoncé à l'article 12 du CFS, puisqu'ils ont empêché le passage non autorisé de la frontière extérieure maritime par les personnes concernées et ont abouti à leur reconduite dans le pays tiers de départ. Il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice européenne que les obligations communautaires doivent être appliquées dans le strict respect des droits fondamentaux faisant partie des principes généraux de droit communautaire. La Cour a également clarifié que le champ d'application de ces droits dans l'ordre juridique communautaire doit être déterminé en prenant en considération la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

Le principe de *non-refoulement*, tel qu'interprété par la CEDH, signifie essentiellement que les Etats doivent s'abstenir de renvoyer une personne (directement ou indirectement) là où elle pourrait courir un risque réel de soumission à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. En outre les Etats ne peuvent renvoyer des réfugiés aux frontières des territoires dans lesquels leur vie ou leur liberté serait menacée à cause de leur race, de leur religion, de leur nationalité, de leur affiliation à un groupe social particulier ou de leur opinion politique. Cette obligation devrait être respectée lors de la mise en œuvre du contrôle aux frontières conformément au CFS, y compris les activités de surveillance des frontières en haute mer. La jurisprudence de la CEDH indique que les actes exécutés en haute mer par un navire d'Etat constituent un cas de compétence extraterritoriale et peuvent engager la responsabilité de l'Etat concerné.

Compte tenu de ce qui précède concernant le champ des compétences communautaires, la Commission a invité les autorités italiennes à lui fournir des informations supplémentaires concernant les circonstances de fait de la reconduction des personnes concernées en Libye et les dispositions en place pour assurer la conformité avec le principe de *non-refoulement* lors de la mise en œuvre de l'accord bilatéral entre les deux pays.»

C. Le rapport du Comité pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du Conseil de l'Europe (CPT)

35. Du 27 au 31 juillet 2009, une délégation du CPT a effectué une visite en Italie. A cette occasion, elle a examiné diverses questions ayant trait à la nouvelle politique gouvernementale d'interception en mer et de renvoi en Libye de migrants irréguliers s'approchant des côtes méridionales italiennes. La délégation s'est concentrée notamment sur le système de garanties en place permettant de ne pas renvoyer une personne vers un pays où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle y courra un risque réel d'être soumise à la torture ou à des mauvais traitements.

36. Dans son rapport, rendu public le 28 avril 2010, le CPT a estimé que la politique de l'Italie consistant à intercepter des migrants en mer et à les contraindre à retourner en Libye ou dans d'autres pays non européens constituait une violation du principe de non-refoulement. Il a souligné que l'Italie était liée par le principe de non-refoulement quel que soit le lieu où elle exerce sa juridiction, ce qui inclut l'exercice de sa juridiction par le biais de son personnel et de ses navires engagés dans la protection des frontières ou le sauvetage en mer, y compris lorsqu'ils opèrent hors de son territoire. De plus, toutes les personnes relevant de la juridiction de l'Italie devraient avoir la possibilité de demander la protection internationale et de bénéficier à cette fin des facilités nécessaires. Il ressortait des informations dont disposait le CPT que cette possibilité n'avait pas été offerte aux migrants interceptés en mer par les autorités italiennes pendant la période examinée. Au contraire, les personnes qui avaient été renvoyées en Libye dans le cadre des opérations menées de mai à juillet 2009 s'étaient vu refuser le droit d'obtenir une évaluation individuelle de leur cas et un accès effectif au système de protection des réfugiés. A cet égard, le CPT a observé que les personnes ayant survécu à un voyage en mer sont particulièrement vulnérables et se trouvent souvent dans un état tel qu'on ne saurait attendre d'elles qu'elles puissent immédiatement exprimer leur désir de demander l'asile.

Selon le rapport du CPT, la Libye ne saurait être considérée comme un pays sûr en matière de droits de l'homme et de droit des réfugiés; la situation des personnes arrêtées et détenues en Libye, y compris celle des migrants – qui courent également le risque d'être expulsés –, indiquerait que les personnes renvoyées vers la Libye pouvaient être victimes de mauvais traitements.

D. Le rapport de Human Rights Watch

37. Dans un long rapport publié le 21 septembre 2009, ayant pour titre « Repoussés, malmenés : l'Italie renvoie par la force les migrants et demandeurs d'asile arrivés par bateau, la Libye les maltraite », Human Rights Watch dénonce la pratique italienne consistant à intercepter en haute mer des embarcations chargées de migrants et à les refouler vers la Libye sans procéder aux vérifications nécessaires. Ce rapport se base également sur les résultats de recherches publiées dans un rapport de 2006, intitulé « *Libya: Stemming the Flow. Abuses Against Migrants, Asylum-Seekers and Refugees* ».

38. Selon Human Rights Watch, les patrouilleurs italiens remorquent les embarcations des migrants dans les eaux internationales sans vérifier s'il y a parmi eux des réfugiés, des malades ou des blessés, des femmes enceintes, des enfants non accompagnés ou des victimes de trafic ou d'autres formes de violence. Les autorités italiennes obligeraient les migrants interceptés à embarquer sur des navires libyens ou les ramèneraient directement en Libye, où les autorités les placeraient immédiatement en détention. Certaines de ces opérations seraient coordonnées par Frontex.

Le rapport s'appuie sur des entretiens menés auprès de quatre-vingt-onze migrants, demandeurs d'asile et réfugiés en Italie et à Malte, essentiellement en mai 2009, et sur un entretien téléphonique avec un migrant détenu en Libye. Des représentants de Human Rights Watch se seraient rendus en Libye en avril 2009 et auraient rencontré des représentants du gouvernement, mais les autorités libyennes n'auraient pas permis à l'organisation de s'entretenir en privé avec des migrants. En dépit de demandes répétées, les autorités n'auraient pas non plus accordé à Human Rights Watch l'autorisation de visiter l'un des nombreux centres de détention pour les migrants en Libye. Le HCR aurait maintenant accès à la prison de Misratah, où les migrants clandestins seraient généralement détenus, et des organisations libyennes y assureraient des services humanitaires. Cependant, en l'absence d'un accord officiel, l'accès ne serait pas garanti. De plus, la Libye ne connaîtrait pas le droit d'asile. Les autorités ne feraient aucune distinction entre les réfugiés, les demandeurs d'asile et d'autres migrants clandestins.

39. Human Rights Watch exhorte le gouvernement libyen à améliorer les conditions de détention en Libye, apparemment déplorables, et à mettre en place des procédures d'asile conformes aux normes internationales. Le rapport s'adresse également au gouvernement italien, à l'Union européenne et à Frontex, afin que soit garanti le droit d'asile, y compris pour les personnes

interceptées en haute mer, et que les non-ressortissants libyens ne soient pas renvoyés en Libye, tant que la façon dont les migrants, les demandeurs d'asile et les réfugiés y sont traités ne sera pas pleinement conforme aux règles internationales.

E. La visite d'Amnesty International

40. Une équipe d'Amnesty International a effectué une mission d'enquête en Libye du 15 au 23 mai 2009; c'était la première fois depuis 2004 que les autorités libyennes autorisaient une visite de l'organisation.

Pendant cette visite, Amnesty International s'est rendue notamment à environ 200 kilomètres de Tripoli, où elle a interrogé brièvement certaines personnes parmi les centaines de migrants clandestins en provenance d'autres pays d'Afrique qui sont entassés au centre de détention de Misratah. Un grand nombre de ces migrants auraient été interceptés alors qu'ils cherchaient à se rendre en Italie ou dans un autre pays du sud de l'Europe ayant demandé à la Libye et à d'autres pays d'Afrique du Nord de retenir les migrants illégaux en provenance d'Afrique subsaharienne pour les empêcher de se rendre en Europe.

41. Amnesty International estime possible qu'il y ait parmi les personnes détenues à Misratah des réfugiés fuyant la persécution et souligne que la Libye ne dispose pas d'une procédure d'asile et n'est pas partie à la Convention de Genève ni à son Protocole de 1967; les étrangers, y compris ceux ayant besoin d'une protection internationale, risqueraient de ne pas bénéficier de la protection de la loi. Les détenus n'auraient pratiquement aucune possibilité de porter plainte devant une autorité judiciaire compétente pour actes de torture ou autres formes de mauvais traitements.

Amnesty International aurait fait part aux responsables gouvernementaux rencontrés en Libye de son inquiétude au sujet de la détention et des mauvais traitements qui seraient infligés aux centaines, voire aux milliers d'étrangers que les autorités assimileraient à des migrants illégaux, et elle leur aurait demandé de mettre en place une procédure permettant d'identifier et de protéger adéquatement les demandeurs d'asile et les réfugiés. De même, Amnesty International aurait demandé aux autorités libyennes de ne plus renvoyer de force des ressortissants étrangers vers des pays où ils risquent de graves violations des droits de l'homme, et de trouver une meilleure solution que la détention pour les étrangers qu'elles ne peuvent pas renvoyer dans leur pays d'origine pour ces raisons. Certains des ressortissants érythréens, qui constituaient une part importante des ressortissants étrangers détenus à Misratah, auraient indiqué à la délégation d'Amnesty International qu'ils étaient détenus depuis deux ans.

V. LES AUTRES DOCUMENTS INTERNATIONAUX DÉCRIVANT LA SITUATION EN LIBYE

42. Outre ceux cités ci-dessus, de nombreux rapports ont été publiés par des organisations nationales et internationales ainsi que par des organisations non gouvernementales, qui déplorent les conditions de détention et de vie des migrants irréguliers en Libye à l'époque des faits.

Voici une liste des principaux rapports :

- Human Rights Watch, « *Libya: Stemming the Flow. Abuses Against Migrants, Asylum-Seekers and Refugees* », 13 septembre 2006 ;
- Comité des droits de l'homme des Nations unies, « Observations finales Jamahiriya arabe libyenne », 15 novembre 2007 ;
- Amnesty International, « Libye – Rapport 2008 d'Amnesty International », 28 mai 2008 ;
- Human Rights Watch, « *Libya: Rights at Risk* », 2 septembre 2008 ;
- Département d'Etat américain, « *2010 Human Rights Report: Libya* », 8 avril 2010.

VI. LES DOCUMENTS INTERNATIONAUX DÉCRIVANT LA SITUATION EN SOMALIE ET EN ÉRYTHRÉE

43. Les principaux documents internationaux concernant la situation en Somalie sont présentés dans l'affaire *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni* (n^os 8319/07 et 11449/07, §§ 80-195, 28 juin 2011).

44. Concernant l'Érythrée, plusieurs rapports dénoncent des violations des droits fondamentaux perpétrées dans ce pays. Ils rendent compte de graves atteintes aux droits de l'homme de la part du gouvernement érythréen, à savoir les arrestations arbitraires, la torture, des conditions de détention inhumaines, le travail forcé et de graves restrictions aux libertés de mouvement, d'expression et de culte. Ces documents analysent également la situation difficile des Erythréens qui parviennent à s'échapper vers d'autres pays tels que la Libye, le Soudan, l'Egypte et l'Italie, et sont par la suite rapatriés de force.

Voici la liste des principaux rapports :

- HCR, « *Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-Seekers from Eritrea* », avril 2009 ;
- Amnesty International, « Rapport 2009. Erythrée », 28 mai 2009 ;
- Human Rights Watch, « *Service for Life – State Repression and Indefinite Conscription in Eritrea* », 16 avril 2009 ;
- Human Rights Watch, « *Libya: Don't Send Eritreans Back to Risk of Torture* », 15 janvier 2010 ;
- Human Rights Watch, « *World Report 2010: Eritrea* », janvier 2010.

EN DROIT

I. SUR LES QUESTIONS PRÉLIMINAIRES SOULEVÉES PAR LE GOUVERNEMENT

A. Sur la validité des procurations et la poursuite de l'examen de la requête

1. Question soulevée par le Gouvernement

45. Le Gouvernement conteste à plusieurs égards la validité des procurations fournies par les représentants des requérants. Tout d'abord, il allègue des irrégularités rédactionnelles dans la majorité d'entre elles, à savoir :

- l'absence de toute indication de la date et du lieu et, dans certains cas, le fait que la date et le lieu sembleraient avoir été écrits par la même personne ;
- l'absence de toute référence au numéro de la requête ;
- le fait que l'identité des requérants ne serait indiquée que par le nom de famille, le prénom, la nationalité, une signature illisible et une empreinte digitale souvent partielle et indéchiffrable ;
- l'absence d'indication des dates de naissance des requérants.

46. Ensuite, le Gouvernement observe que la requête ne précise ni les circonstances dans lesquelles les procurations ont été rédigées, ce qui jette un doute sur leur validité, ni les démarches entreprises par les représentants des requérants afin d'établir l'identité de leurs clients. Il remet d'ailleurs en cause la qualité des contacts existants entre les requérants et leurs représentants. Il allègue notamment que les messages électroniques envoyés par les intéressés après leur transfert en Libye ne sont pas accompagnés de signatures susceptibles d'être comparées à celles apposées sur les procurations. Selon le Gouvernement, les difficultés rencontrées par les avocats pour établir et maintenir le contact avec les requérants empêcheraient un examen contradictoire de l'affaire.

47. Dès lors, toute vérification de l'identité des requérants étant impossible, et faute de « participation personnelle » de ces derniers à l'affaire, la Cour devrait renoncer à poursuivre l'examen de la requête. Se référant à l'affaire *Hussun et autres c. Italie ((radiation)*, n°s 10171/05, 10601/05, 11593/05 et 17165/05, 19 janvier 2010), le Gouvernement demande à la Cour de rayer la requête du rôle.

2. Arguments des requérants

48. Les représentants des requérants défendent la validité des procurations. Ils affirment tout d'abord que les irrégularités rédactionnelles alléguées par le Gouvernement ne sauraient impliquer la nullité des mandats que leur ont conférés leurs clients.

49. Quant aux circonstances dans lesquelles les procurations ont été rédigées, ils précisent que les mandats ont été formalisés par les requérants dès leur arrivée en Libye, auprès des membres d'organisations humanitaires œuvrant dans différents centres de rétention. Ces personnes se seraient ensuite chargées de les contacter et de leur transmettre les procurations pour qu'ils puissent les signer et accepter les mandats.

50. Concernant les difficultés liées à l'identification des intéressés, celles-ci découleraient directement de l'objet de la requête, à savoir une opération de renvoi collectif et sans identification préalable des migrants clandestins. Quoi qu'il en soit, les avocats attirent l'attention de la Cour sur le fait qu'une partie importante des requérants a été identifiée par le bureau du HCR à Tripoli à la suite de leur arrivée en Libye.

51. Enfin, les avocats affirment avoir gardé des contacts avec une partie des intéressés, joignables par téléphone et par courrier électronique. A cet égard, ils font état des grandes difficultés qu'ils rencontrent pour maintenir le contact avec les requérants, notamment en raison des violences qui ont ébranlé la Libye à partir de février 2011.

3. Appréciation de la Cour

52. La Cour rappelle tout d'abord qu'au sens de l'article 45 § 3 de son règlement, le représentant d'un requérant doit produire «une procuration ou un pouvoir écrit». En conséquence, un simple pouvoir écrit serait valable aux fins de la procédure devant la Cour, dès lors que nul ne pourrait démontrer qu'il a été établi sans le consentement de l'intéressé ou sans qu'il comprenne de quoi il s'agit (*Velikova c. Bulgarie*, n° 41488/98, § 50, CEDH 2000-VI).

53. Par ailleurs, ni la Convention ni le règlement de la Cour n'imposent de conditions particulières quant au libellé de la procuration, ni ne requièrent aucune forme de certification de la part des autorités nationales. Ce qui compte pour la Cour est que la procuration indique clairement que le requérant a confié sa représentation devant la Cour à un conseil et que celui-ci a accepté ce mandat (*Riabov c. Russie*, n° 3896/04, §§ 40 et 43, 31 janvier 2008).

54. En l'espèce, la Cour observe que toutes les procurations versées au dossier sont signées et accompagnées d'empreintes digitales. De plus,

les représentants des requérants ont fourni, tout au long de la procédure, des informations détaillées quant au déroulement des faits et au sort des requérants, avec lesquels ils ont pu garder des contacts. Rien dans le dossier ne permet de douter du récit des avocats, ni de mettre en cause l'échange d'informations avec la Cour (voir, *a contrario*, *Hussun*, précité, §§ 43-50).

55. Dans ces circonstances, la Cour n'a aucune raison de douter de la validité des procurations. Dès lors, elle rejette l'exception du Gouvernement.

56. Par ailleurs, la Cour relève que, conformément aux informations fournies par les avocats, deux des requérants, M. Mohamed Abukar Mohamed et M. Hasan Shariff Abbirahman (respectivement n° 10 et n° 11 sur la liste sur la liste annexée au présent arrêt), sont décédés très peu de temps après l'introduction de la requête (paragraphe 15 ci-dessus).

57. La Cour rappelle qu'elle a pour pratique de rayer les requêtes du rôle lorsqu'un requérant décède pendant la procédure et qu'aucun héritier ou parent proche ne veut poursuivre l'instance (voir, parmi d'autres, *Scherer c. Suisse*, 25 mars 1994, §§ 31-32, série A n° 287, *Öhlinger c. Autriche*, n° 21444/93, rapport de la Commission du 14 janvier 1997, non publié, § 15, *Thévenon c. France* (déc.), n° 2476/02, CEDH 2006-III, *Léger c. France* (radiation) [GC], n° 19324/02, § 44, 30 mars 2009).

58. A la lumière des circonstances de l'espèce, la Cour estime qu'il ne se justifie plus de poursuivre l'examen de la requête en ce qui concerne les personnes décédées (article 37 § 1 c) de la Convention). Par ailleurs, elle relève que les griefs initialement soulevés par M. Mohamed Abukar Mohamed et M. Hasan Shariff Abbirahman sont les mêmes que ceux énoncés par les autres requérants, au sujet desquels elle exprimera son avis ci-après. Dans ces conditions, elle n'aperçoit aucun motif tenant au respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles qui exigerait, conformément à l'article 37 § 1 *in fine*, la poursuite de l'examen de la requête des requérants décédés.

59. En conclusion, la Cour décide de rayer la requête du rôle pour autant qu'elle concerne M. Mohamed Abukar Mohamed et M. Hasan Shariff Abbirahman, et de poursuivre l'examen de la requête pour le surplus.

B. Sur l'épuisement des voies de recours internes

60. Lors de l'audience devant la Grande Chambre, le Gouvernement a plaidé l'irrecevabilité de la requête pour non-épuisement des voies de recours internes. Il a fait valoir que les requérants avaient omis de saisir les juridictions italiennes en vue d'obtenir la reconnaissance et le redressement des violations alléguées de la Convention.

61. Selon le Gouvernement, les requérants, qui sont à présent libres de leurs mouvements et ont montré qu'ils étaient en mesure de joindre

leurs avocats dans le cadre de la procédure devant la Cour, auraient dû introduire des recours devant les juridictions pénales italiennes afin de se plaindre d'éventuelles violations du droit interne et du droit international de la part des militaires impliqués dans leur éloignement. Des procédures pénales seraient actuellement en cours dans des affaires similaires, et ce type de recours aurait un caractère « effectif ».

62. La Cour relève que les requérants se plaignent également de ne pas avoir disposé d'un recours répondant aux exigences de l'article 13 de la Convention. Elle considère qu'il existe un lien étroit entre la thèse du Gouvernement sur ce point et le bien-fondé des griefs formulés par les requérants sur le terrain de cette disposition. Elle estime donc qu'il y a lieu de joindre cette exception au fond des griefs tirés de l'article 13 de la Convention et de l'examiner dans ce contexte (paragraphe 207 ci-dessous).

II. SUR LA QUESTION DE LA JURIDICTION AU TITRE DE L'ARTICLE 1 DE LA CONVENTION

63. Aux termes de l'article 1 de la Convention :

« Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la (...) Convention. »

A. Thèses des parties

1. *Le Gouvernement*

64. Le gouvernement défendeur reconnaît que les faits litigieux se sont déroulés à bord de navires militaires italiens. Toutefois, il nie que les autorités italiennes aient exercé un « contrôle absolu et exclusif » sur les requérants.

65. Il fait valoir que l'interception des embarcations à bord desquelles se trouvaient les requérants s'inscrivait dans le contexte du sauvetage en haute mer de personnes en détresse – qui relève des obligations imposées par le droit international, à savoir la Convention des Nations unies sur le droit de la mer (« Convention de Montego Bay ») – et ne saurait en aucun cas être qualifiée d'opération de police maritime.

Les navires italiens se seraient bornés à intervenir afin de prêter secours à trois embarcations en difficulté et de mettre en sécurité les personnes qui se trouvaient à bord. Ils auraient par la suite raccompagné en Libye les migrants interceptés, conformément aux accords bilatéraux de 2007 et 2009. Selon le Gouvernement, l'obligation de sauver la vie humaine en haute mer telle que prescrite par la Convention de Montego Bay n'entraîne pas en soi la création d'un lien entre l'Etat et les personnes concernées qui pourrait établir la juridiction de celui-ci.

66. Dans le cadre du «sauvetage» des requérants, qui n'aurait duré globalement que dix heures, les autorités auraient apporté aux intéressés l'assistance humanitaire et médicale nécessaire et n'auraient nullement eu recours à la violence ; elles n'auraient pas effectué d'abordage et n'auraient pas utilisé d'armes. Le Gouvernement en conclut que la présente requête diffère de l'affaire *Medvedyev et autres c. France* ([GC], n° 3394/03, CEDH 2010), dans laquelle la Cour a affirmé que les requérants relevaient de la juridiction de la France compte tenu du caractère absolu et exclusif du contrôle exercé par celle-ci sur un navire en haute mer et sur son équipage.

2. Les requérants

67. Les requérants estiment que la juridiction de l'Italie ne saurait être remise en cause en l'espèce. A partir de leur montée à bord des navires italiens, ils se seraient trouvés sous le contrôle exclusif de l'Italie, laquelle aurait dès lors été tenue de respecter l'ensemble des obligations découlant de la Convention et de ses Protocoles.

Ils font observer que l'article 4 du code italien de la navigation prévoit expressément que les navires battant pavillon national relèvent de la juridiction de l'Italie même lorsqu'ils naviguent au-delà des eaux territoriales.

3. Les tiers intervenants

68. Les tiers intervenants considèrent que, conformément aux principes de droit international coutumier et à la jurisprudence de la Cour, les obligations pour les Etats de ne pas refouler des demandeurs d'asile, même «potentiels», et de leur assurer un accès à des procédures équitables, ont une portée extraterritoriale.

69. Selon le droit international en matière de protection des réfugiés, le critère décisif à prendre en compte pour établir la responsabilité d'un Etat ne serait pas de savoir si la personne concernée par le refoulement se trouve sur le territoire de l'Etat, mais si elle relève du contrôle effectif et de l'autorité de celui-ci.

Les tiers intervenants font référence à la jurisprudence de la Cour concernant l'article 1 de la Convention et la portée extraterritoriale de la notion de «juridiction», ainsi qu'aux conclusions d'autres instances internationales. Ils soulignent la nécessité d'éviter des doubles standards dans le domaine de la protection des droits de l'homme et de faire en sorte qu'un Etat ne soit pas autorisé à commettre, en dehors de son territoire, des actes qui ne seraient jamais acceptés à l'intérieur de celui-ci.

B. Appréciation de la Cour

1. Principes généraux relatifs à la juridiction au sens de l'article 1 de la Convention

70. Aux termes de l'article 1 de la Convention, l'engagement des Etats contractants consiste à « reconnaître » (en anglais « to secure ») aux personnes relevant de leur « juridiction » les droits et libertés qui y sont énumérés (*Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 86, série A n° 161, et *Banković et autres c. Belgique et 16 autres Etats contractants* (déc.) [GC], n° 52207/99, § 66, CEDH 2001-XII). L'exercice de la « juridiction » est une condition nécessaire pour qu'un Etat contractant puisse être tenu pour responsable des actes ou omissions qui lui sont imputables et qui sont à l'origine d'une allégation de violation des droits et libertés énoncés dans la Convention (*Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, § 311, CEDH 2004-VII).

71. La juridiction d'un Etat, au sens de l'article 1, est principalement territoriale (*Banković et autres*, décision précitée, §§ 61 et 67, et *Ilaşcu et autres*, précité, § 312). Elle est présumée s'exercer normalement sur l'ensemble de son territoire (*ibidem*, § 312, et *Assanidzé c. Géorgie* [GC], n° 71503/01, § 139, CEDH 2004-II).

72. En conformité avec le caractère essentiellement territorial de la notion de « juridiction », la Cour n'a admis que dans des circonstances exceptionnelles que les actes des Etats contractants accomplis ou produisant des effets en dehors de leur territoire puissent s'analyser en l'exercice par eux de leur juridiction au sens de l'article 1 de la Convention (*Drozd et Janousek c. France et Espagne*, 26 juin 1992, § 91, série A n° 240, *Banković et autres*, décision précitée, § 67, *Ilaşcu et autres*, précité, § 314).

73. Ainsi, dans son premier arrêt *Loizidou c. Turquie*, la Cour a jugé que, compte tenu de l'objet et du but de la Convention, une Partie contractante pouvait voir sa responsabilité engagée lorsque, par suite d'une action militaire – légale ou non –, elle exerçait en pratique son contrôle sur une zone située en dehors de son territoire national ((exceptions préliminaires), 23 mars 1995, § 62, série A n° 310), ce qui est toutefois exclu lorsque n'est en cause, comme dans l'affaire *Banković et autres*, qu'un acte extraterritorial instantané, le texte de l'article 1 ne s'accommodant pas d'une conception causale de la notion de « juridiction » (décision précitée, § 75). Dans chaque cas, c'est au regard des faits particuliers de la cause, par exemple en cas de contrôle absolu et exclusif sur une prison ou sur un navire, qu'il faut apprécier l'existence de circonstances exigeant et justifiant

que la Cour conclue à un exercice extraterritorial de sa juridiction par l'Etat (*Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, §§ 132 et 136, CEDH 2011, et *Medvedyev et autres*, précité, § 67).

74. Dès l'instant où un Etat, par le biais de ses agents opérant hors de son territoire, exerce son contrôle et son autorité sur un individu, et par voie de conséquence sa juridiction, pèse sur lui en vertu de l'article 1 une obligation de reconnaître à celui-ci les droits et libertés définis au titre I de la Convention qui concernent son cas. En ce sens, dès lors, il est maintenant admis par la Cour que les droits découlant de la Convention peuvent être « fractionnés et adaptés» (*Al-Skeini et autres*, précité, §§ 136 et 137, et voir, à titre de comparaison, *Banković et autres*, décision précitée, § 75).

75. La jurisprudence de la Cour révèle des cas d'exercice extraterritorial de sa compétence par un Etat dans les affaires concernant des actes accomplis à l'étranger par des agents diplomatiques ou consulaires, ou à bord d'aéronefs immatriculés dans l'Etat en cause ou de navires battant son pavillon. Dans ces situations, la Cour, se basant sur le droit international coutumier et sur des dispositions conventionnelles, a reconnu l'exercice extraterritorial de sa juridiction par l'Etat concerné (*Banković et autres*, décision précitée, § 73, et *Medvedyev et autres*, précité, § 65).

2. Application en l'espèce

76. Il n'est pas contesté devant la Cour que les événements litigieux se sont déroulés en haute mer, à bord de navires militaires battant pavillon italien. Le gouvernement défendeur reconnaît par ailleurs que les navires de la garde des finances et des garde-côtes sur lesquels ont été embarqués les requérants relevaient pleinement de la juridiction de l'Italie.

77. La Cour observe qu'en vertu des dispositions pertinentes du droit de la mer, un bateau naviguant en haute mer est soumis à la juridiction exclusive de l'Etat dont il bat pavillon. Ce principe de droit international a conduit la Cour à reconnaître, dans les affaires concernant des actes accomplis à bord de navires battant pavillon d'un Etat, à l'instar des aéronefs enregistrés, des cas d'exercice extraterritorial de la juridiction de cet Etat (paragraphe 75 ci-dessus). Dès lors qu'il y a contrôle sur autrui, il s'agit dans ces cas d'un contrôle *de jure* exercé par l'Etat en question sur les individus concernés.

78. La Cour note par ailleurs que ledit principe est transcrit en droit national, à l'article 4 du code italien de la navigation, et n'est pas contesté par le gouvernement défendeur (paragraphe 18 ci-dessus). Elle en conclut que le cas d'espèce constitue bien un cas d'exercice extraterritorial de la juridiction de l'Italie, susceptible d'engager la responsabilité de cet Etat au sens de la Convention.

79. D'ailleurs l'Italie ne saurait soustraire sa « juridiction » à l'empire de la Convention en qualifiant les faits litigieux d'opération de sauvetage en haute mer. En particulier, la Cour ne saurait souscrire à l'argument du Gouvernement selon lequel l'Italie ne serait pas responsable du sort des requérants en raison du niveau prétendument réduit du contrôle que ses autorités exerçaient sur les intéressés au moment des faits.

80. A cet égard, il suffit d'observer que dans l'affaire *Medvedyev et autres*, précitée, les faits litigieux avaient eu lieu à bord du *Winner*, un navire battant pavillon d'un Etat tiers mais dont l'équipage avait été placé sous le contrôle de militaires français. Dans les circonstances particulières de ladite affaire, la Cour a examiné la nature et la portée des actions accomplies par les agents français afin de vérifier s'il existait un contrôle, au moins *de facto*, continu et ininterrompu, exercé par la France sur le *Winner* et son équipage (*ibidem*, §§ 66 et 67).

81. Or, la Cour remarque que dans la présente affaire les faits se sont entièrement déroulés à bord de navires des forces armées italiennes, dont l'équipage était composé exclusivement de militaires nationaux. De l'avis de la Cour, à partir du moment où ils sont montés à bord des navires des forces armées italiennes et jusqu'à leur remise aux autorités libyennes, les requérants se sont trouvés sous le contrôle continu et exclusif, tant *de jure* que *de facto*, des autorités italiennes. Aucune spéculation concernant la nature et le but de l'intervention des navires italiens en haute mer ne saurait conduire la Cour à une autre conclusion.

82. Partant, les faits dont découlent les violations alléguées relèvent de la « juridiction » de l'Italie au sens de l'article 1 de la Convention.

III. SUR LES VIOLATIONS ALLÉGUÉES DE L'ARTICLE 3 DE LA CONVENTION

83. Les requérants se plaignent de ce que leur refoulement les a exposés au risque de subir des tortures ou des traitements inhumains et dégradants en Libye, ainsi que dans leurs pays d'origine respectifs, à savoir l'Erythrée et la Somalie. Ils invoquent l'article 3 de la Convention, ainsi libellé :

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

84. La Cour observe que l'article 3 de la Convention est en cause sous deux aspects différents, qu'il y a lieu d'examiner séparément. Premièrement, quant au risque encouru par les requérants de subir des traitements inhumains et dégradants en Libye et, deuxièmement, concernant le danger pour ceux-ci d'être rapatriés dans leurs pays d'origine respectifs.

A. Sur la violation alléguée de l'article 3 de la Convention du fait que les requérants ont été exposés au risque de subir des traitements inhumains et dégradants en Libye

1. Thèses des parties

a) **Les requérants**

85. Les requérants allèguent avoir été victimes d'un refoulement arbitraire et incompatible avec la Convention. Ils affirment qu'ils n'ont pas eu la possibilité de s'opposer à leur renvoi en Libye et de demander la protection internationale aux autorités italiennes.

86. En l'absence de toute information quant à leur véritable destination, les requérants auraient été persuadés, tout au long du voyage à bord des navires italiens, qu'on les emmenait en Italie. A cet égard, ils auraient été victimes d'une véritable «tromperie» de la part des autorités italiennes.

87. Aucune procédure tendant à identifier les migrants interceptés et à recueillir des informations concernant leur situation personnelle n'aurait été possible à bord des navires. Dans ces conditions, aucune demande formelle d'asile n'aurait été envisageable. Néanmoins, une fois arrivés à proximité des côtes libyennes, les requérants ainsi qu'un grand nombre d'autres migrants auraient prié les militaires italiens de ne pas les débarquer au port de Tripoli, qu'ils venaient de fuir, et de les emmener en Italie.

Les requérants affirment avoir exprimé explicitement leur volonté de ne pas être livrés aux autorités libyennes. Ils contestent l'argument du Gouvernement selon lequel une telle demande ne saurait être assimilée à une demande tendant à l'obtention d'une protection internationale.

88. Ils soutiennent ensuite avoir été refoulés vers un pays où il y avait des raisons suffisantes de croire qu'ils seraient soumis à des traitements contraires à la Convention. En effet, plusieurs sources internationales auraient fait état des conditions inhumaines et dégradantes dans lesquelles les migrants irréguliers, notamment d'origine somalienne et érythréenne, étaient détenus en Libye et des conditions d'existence précaires réservées aux clandestins dans ce pays.

Les requérants se réfèrent à cet égard au rapport du Comité pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) d'avril 2010 ainsi qu'aux textes et documents produits par les tierces parties concernant la situation en Libye.

89. Cette situation, qui n'aurait cessé de se dégrader par la suite, ne pouvait selon eux être ignorée de l'Italie lors de la conclusion des accords bilatéraux avec la Libye et de la mise à exécution du refoulement litigieux.

90. Par ailleurs, leurs craintes et leurs préoccupations se seraient révélées fondées. Ils auraient tous fait état de conditions de détention inhumaines et, après leur libération, de conditions d'existence précaires liées à leur statut d'immigrés irréguliers.

91. Les requérants considèrent que la décision de renvoyer en Libye les clandestins interceptés en haute mer constitue un véritable choix politique de l'Italie, visant à privilégier une gestion policière de l'immigration clandestine au mépris de la protection des droits fondamentaux des personnes concernées.

b) Le Gouvernement

92. Le Gouvernement soutient tout d'abord que les requérants n'ont pas adéquatement prouvé la réalité des traitements prétendument contraires à la Convention qu'ils auraient subis. Ils ne pourraient donc pas être considérés comme étant « victimes » au sens de l'article 34 de la Convention.

93. Ensuite, il affirme que le transfert des requérants en Libye a été effectué en vertu des accords bilatéraux signés en 2007 et en 2009 par l'Italie et la Libye. Lesdits accords bilatéraux s'inscriraient dans un contexte de mouvements migratoires croissants entre l'Afrique et l'Europe et auraient été conclus dans un esprit de coopération entre deux pays engagés dans la lutte contre l'immigration clandestine.

94. La coopération entre les pays méditerranéens en matière de contrôle des migrations et de lutte contre les crimes liés à l'immigration clandestine aurait été encouragée à maintes reprises par les organes de l'Union européenne. Le Gouvernement fait référence en particulier à la Résolution du Parlement européen n° 2006/2250 ainsi qu'au Pacte européen sur l'immigration et l'asile, élaboré par le Conseil européen le 24 septembre 2008, qui affirment la nécessité pour les pays de l'Union européenne de coopérer et d'établir des partenariats avec les pays d'origine et de transit afin de renforcer le contrôle des frontières extérieures de l'Union européenne et de lutter contre l'immigration clandestine.

95. Quant aux événements du 6 mai 2009, à l'origine de la présente requête, le Gouvernement maintient qu'il s'agissait d'une opération de sauvetage en haute mer conforme au droit international. Il affirme que les navires militaires italiens sont intervenus de manière conforme à la Convention de Montego Bay et à la Convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritimes, pour faire face à la situation de danger immédiat dans laquelle se trouvaient les embarcations et sauver la vie des requérants et des autres migrants.

De l'avis du Gouvernement, le régime juridique de la haute mer se caractérise par le principe de la liberté de navigation. Dans ce contexte, il

n'y aurait pas eu lieu de procéder à l'identification des personnes concernées. Les autorités italiennes se seraient bornées à porter aux intéressés l'assistance humanitaire nécessaire. Le contrôle des requérants aurait été réduit au minimum dès lors qu'aucune opération de police maritime n'aurait été envisagée à bord des navires.

96. Pendant leur transfert en Libye, les requérants n'auraient à aucun moment manifesté l'intention de demander l'asile politique ou une autre forme de protection internationale. Selon le Gouvernement, une éventuelle demande exprimée par les requérants aux fins de ne pas être livrés aux autorités libyennes ne saurait être interprétée comme une demande d'asile.

A cet égard, il affirme qu'en cas de demande d'asile les intéressés auraient été emmenés sur le territoire national, comme cela se serait produit lors d'autres opérations en haute mer pratiquées en 2009.

97. Le Gouvernement soutient ensuite que la Libye est un lieu d'accueil sûr. Il en veut pour preuves le fait que cet Etat a ratifié le Pacte international des Nations unies relatif aux droits civils et politiques, la Convention des Nations unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et la Convention de l'Union africaine sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique, ainsi que son appartenance à l'Organisation internationale pour les migrations (OIM).

Sans être partie à la Convention des Nations unies relative au statut des réfugiés, la Libye n'en aurait pas moins autorisé le HCR et l'OIM à ouvrir des bureaux à Tripoli, ce qui aurait permis d'octroyer le statut de réfugié à de nombreux demandeurs et de leur garantir une protection internationale.

98. Le Gouvernement attire l'attention de la Cour sur le fait que, lors de la ratification du Traité d'amitié, de partenariat et de coopération de 2008, la Libye s'était expressément engagée à respecter les principes de la Charte des Nations unies et de la Déclaration universelle des droits de l'homme. L'Italie n'aurait eu aucune raison de penser que la Libye se soustrairait à ses engagements.

Cette circonstance et le fait que des bureaux du HCR et de l'OIM étaient présents et actifs à Tripoli justifiaient pleinement la conviction de l'Italie que la Libye était un lieu d'accueil sûr pour les migrants interceptés en haute mer. Le Gouvernement considère d'ailleurs que la reconnaissance du statut de réfugié octroyé par le HCR à de nombreux demandeurs, y compris certains des requérants, prouve sans conteste que la situation en Libye à l'époque des faits était conforme aux normes internationales en matière de protection des droits de l'homme.

99. Le Gouvernement admet que la situation en Libye s'est dégradée à partir d'avril 2010, époque où les autorités ont fermé le bureau du HCR à Tripoli, puis s'est définitivement détériorée à la suite des événements de

début 2011, mais il fait valoir que l'Italie a aussitôt cessé de pratiquer les renvois de clandestins en Libye et a changé les modalités du secours aux migrants en haute mer, en autorisant à partir de cette époque l'entrée sur le territoire national.

100. Le Gouvernement conteste l'existence d'une «pratique gouvernementale» qui consisterait, comme l'affirment les requérants, à effectuer des renvois arbitraires en Libye. A cet égard, il qualifie la requête de «manifeste politique et idéologique» à l'encontre de l'action du gouvernement italien. Celui-ci souhaite que la Cour se borne à examiner uniquement les événements du 6 mai 2009 et ne mette pas en cause les prérogatives de l'Italie en matière de contrôle de l'immigration, domaine selon lui extrêmement sensible et complexe.

c) Les tiers intervenants

101. S'appuyant sur les déclarations de nombreux témoins directs, Human Rights Watch et le HCR dénoncent le refoulement forcé de clandestins vers la Libye de la part de l'Italie. Au cours de l'année 2009, l'Italie aurait pratiqué neuf opérations en haute mer, renvoyant en Libye 834 personnes de nationalité somalienne, érythréenne ou nigérienne.

102. Human Rights Watch a dénoncé la situation en Libye à plusieurs reprises, notamment par le biais de rapports publiés en 2006 et 2009. Cette organisation affirme que, en l'absence de tout système national d'asile en Libye, les migrants irréguliers sont systématiquement arrêtés et font souvent l'objet de tortures et de violences physiques, y compris le viol. Au mépris des directives des Nations unies en matière de détention, les clandestins seraient détenus sans limitation de temps et sans aucun contrôle judiciaire. En outre, les conditions de détention seraient inhumaines. Les migrants seraient torturés et aucune assistance médicale ne serait assurée dans les différents camps du pays. Ils seraient susceptibles d'être à tout moment refoulés vers leur pays d'origine ou abandonnés dans le désert, où une mort certaine les attendrait.

103. AIRE Centre, Amnesty International et la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme (FIDH) observent que, depuis des années, des rapports de sources fiables démontrent de manière constante que la situation en matière de droits de l'homme en Libye est désastreuse, notamment pour les réfugiés, les demandeurs d'asile et les migrants, et tout particulièrement pour les personnes en provenance de certaines régions d'Afrique, tels que les Erythréens et les Somaliens.

Les trois parties intervenantes estiment qu'il existe une «obligation d'investigation» lorsqu'il existe des informations crédibles émanant de

sources fiables selon lesquelles les conditions de détention ou de vie dans l'Etat de réception ne sont pas compatibles avec l'article 3 de la Convention.

Conformément au principe *pacta sunt servanda*, un Etat ne saurait se soustraire à ses obligations imposées par la Convention en se fondant sur des engagements découlant d'accords bilatéraux ou multilatéraux en matière de lutte contre l'immigration clandestine.

104. Le HCR affirme que, bien que les autorités italiennes n'aient pas fourni d'informations détaillées concernant les opérations de refoulement, plusieurs témoins entendus par le Haut Commissariat ont livré un récit similaire à celui des requérants. En particulier, ces personnes auraient rapporté que, pour inciter les personnes à monter à bord des navires italiens, les militaires italiens leur avaient fait croire qu'on les emmenait en Italie. Plusieurs témoins auraient déclaré avoir été menottés et avoir subi des violences pendant le transfert vers le territoire libyen et une fois arrivés au centre de rétention. Par ailleurs, les autorités italiennes auraient confisqué les effets personnels des migrants, y compris les certificats du HCR attestant leur statut de réfugié. Plusieurs témoins auraient en outre confirmé qu'ils recherchaient une protection et qu'ils en avaient expressément fait part aux autorités italiennes pendant les opérations.

105. Le HCR soutient que cinq au moins des migrants refoulés en Libye qui ont par la suite réussi à retourner en Italie, dont M. Ermias Berhane, se sont vu accorder le statut de réfugié en Italie. De surcroît, en 2009, le bureau du HCR de Tripoli aurait octroyé le statut de réfugié à 73 personnes refoulées par l'Italie, dont 14 des requérants. Cela constituerait la preuve que les opérations menées par l'Italie en haute mer impliquent un réel danger de refoulement arbitraire de personnes ayant besoin d'une protection internationale.

106. Le HCR estime ensuite qu'aucun des arguments avancés par l'Italie pour justifier les refoulements ne saurait être accepté. Ni le principe de coopération entre Etats pour la lutte contre le trafic illicite de migrants, ni les dispositions tirées du droit international de la mer en matière de sauvegarde de la vie humaine en mer ne dispenserait les Etats de leur obligation de respecter les principes de droit international.

107. La Libye, pays de transit et de destination des flux migratoires provenant d'Asie et d'Afrique, n'assurerait aucune forme de protection aux demandeurs d'asile. Bien que signataire d'un certain nombre d'instruments internationaux en matière de droits de l'homme, elle ne respecterait guère ses obligations. En l'absence d'un système national de droit d'asile, les activités dans ce domaine auraient été menées exclusivement par le HCR et ses partenaires. Malgré cela, l'action du Haut Commissariat n'aurait jamais

étée officiellement reconnue par le gouvernement libyen qui, en avril 2010, aurait intimé au HCR l'ordre de fermer son bureau de Tripoli et de cesser ses activités.

Compte tenu de ce contexte, aucun statut formel ne serait accordé par le gouvernement libyen aux personnes qui ont été enregistrées en tant que réfugiés par le HCR et aucune forme de protection ne leur serait garantie.

108. Jusqu'aux événements de 2011, les personnes considérées comme des immigrés illégaux auraient été détenues dans des «centres de rétention», dont la plupart auraient été visités par le HCR. Lesdits centres auraient offert des conditions de vie très médiocres, caractérisées par le surpeuplement et des installations sanitaires inadéquates. Cette situation aurait été aggravée par les opérations de refoulement, qui auraient accentué le surpeuplement et entraîné une détérioration ultérieure des conditions sanitaires, causant ainsi un besoin accru d'assistance de base aux fins de la survie même des personnes.

109. Selon la Columbia Law School Human Rights Clinic, si l'immigration clandestine par la mer n'est pas un phénomène nouveau, la communauté internationale reconnaît de plus en plus la nécessité de restreindre les pratiques de contrôle de l'immigration, y compris l'interception en mer, qui peuvent entraver l'accès des migrants à la protection et ainsi les exposer au risque de torture.

2. Appréciation de la Cour

a) Sur la recevabilité

110. Le Gouvernement considère que les requérants ne sauraient se prétendre «victimes», au sens de l'article 34 de la Convention, des faits qu'ils dénoncent. Il conteste l'existence d'un risque réel, pour eux, d'être soumis à des traitements inhumains et dégradants à la suite de leur refoulement. L'évaluation d'un tel danger devrait se faire sur la base de faits sérieux et avérés concernant la situation de chaque requérant. Or, les informations fournies par les intéressés seraient vagues et insuffisantes.

111. La Cour estime que la question soulevée par cette exception est étroitement liée à celles qu'elle devra aborder lors de l'examen du bien-fondé des griefs tirés de l'article 3 de la Convention. Cette disposition impose notamment à la Cour d'établir s'il y avait des motifs sérieux et avérés de croire que les intéressés courraient un risque réel d'être soumis à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants à la suite de leur renvoi. Il convient dès lors de joindre cette question à l'examen du fond.

112. La Cour considère que cette partie de la requête pose des questions de fait et de droit complexes, qui ne peuvent être tranchées qu'après un

examen au fond; il s'ensuit qu'elle n'est pas manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. Aucun autre motif d'irrecevabilité n'ayant été relevé, il y a lieu de la déclarer recevable.

b) Sur le fond

i. Principes généraux

a) Responsabilité des Etats contractants en cas d'expulsion

113. Selon la jurisprudence constante de la Cour, les Etats contractants ont, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, y compris de la Convention, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux (voir, parmi beaucoup d'autres, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 67, série A n° 94, et *Boujlifa c. France*, 21 octobre 1997, § 42, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI). La Cour note aussi que ni la Convention ni ses Protocoles ne consacrent le droit à l'asile politique (*Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, 30 octobre 1991, § 102, série A n° 215, et *Ahmed c. Autriche*, 17 décembre 1996, § 38, *Recueil* 1996-VI).

114. Cependant, l'expulsion, l'extradition ou toute autre mesure d'éloignement d'un étranger par un Etat contractant peut soulever un problème au regard de l'article 3 de la Convention, et donc engager la responsabilité de l'Etat en cause au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on l'expulse vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3. Dans ce cas, l'article 3 implique l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce pays (*Soering*, précité, §§ 90-91, *Vilvarajah et autres*, précité, § 103, *Ahmed*, précité, § 39, *H.L.R. c. France*, 29 avril 1997, § 34, *Recueil* 1997-III, *Jabari c. Turquie*, n° 40035/98, § 38, CEDH 2000-VIII, *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, n° 1948/04, § 135, 11 janvier 007).

115. Dans ce type d'affaires, la Cour est donc appelée à apprécier la situation dans le pays de destination à l'aune des exigences de l'article 3. Dans la mesure où une responsabilité se trouve ou peut se trouver engagée sur le terrain de la Convention, c'est celle de l'Etat contractant, du chef d'un acte qui a pour résultat direct d'exposer quelqu'un à un risque de mauvais traitements prohibés (*Saadi c. Italie* [GC], n° 37201/06, § 126, CEDH 2008).

β) Eléments retenus pour évaluer le risque de subir des traitements contraires à l'article 3 de la Convention

116. Pour déterminer l'existence de motifs sérieux et avérés de croire à un risque réel de traitements incompatibles avec l'article 3, la Cour s'appuie sur l'ensemble des éléments qu'on lui fournit ou, au besoin, qu'elle se procure d'office (*H.L.R. c. France*, précité, § 37, et *Hilal c. Royaume-Uni*, n° 45276/99, § 60, CEDH 2001-II). Dans des affaires telles que la présente espèce, la Cour se doit en effet d'appliquer des critères rigoureux en vue d'apprécier l'existence d'un tel risque (*Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, § 96, *Recueil* 1996-V).

117. Pour vérifier l'existence d'un risque de mauvais traitements, la Cour doit examiner les conséquences prévisibles du renvoi d'un requérant dans le pays de destination, compte tenu de la situation générale dans celui-ci et des circonstances propres au cas de l'intéressé (*Vilvarajah et autres*, précité, § 108 *in fine*).

118. Dans ce but, en ce qui concerne la situation générale dans un pays, la Cour a souvent attaché de l'importance aux informations contenues dans les rapports récents provenant d'associations internationales indépendantes de défense des droits de l'homme telles qu'Amnesty International, ou de sources gouvernementales (voir, par exemple, *Chahal*, précité, §§ 99-100, *Muslim c. Turquie*, n° 53566/99, § 67, 26 avril 2005, *Said c. Pays-Bas*, n° 2345/02, § 54, CEDH 2005-VI, *Al-Moayad c. Allemagne* (déc.), n° 35865/03, §§ 65-66, 20 février 2007, *Saadi*, précité, § 131).

119. Dans les affaires où un requérant allègue faire partie d'un groupe systématiquement exposé à une pratique de mauvais traitements, la Cour considère que la protection de l'article 3 entre en jeu lorsque l'intéressé démontre, le cas échéant à l'aide des sources mentionnées au paragraphe précédent, qu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire à l'existence de la pratique en question et à son appartenance au groupe visé (voir, *mutatis mutandis*, *Salah Sheekh*, précité, §§ 138-149).

120. En raison du caractère absolu du droit garanti, il n'est pas exclu que l'article 3 trouve aussi à s'appliquer lorsque le danger émane de personnes ou de groupes de personnes qui ne relèvent pas de la fonction publique. Encore faut-il démontrer que le risque existe réellement et que les autorités de l'Etat de destination ne sont pas en mesure d'y obvier par une protection appropriée (*H.L.R. c. France*, précité, § 40).

121. Pour ce qui est du moment à prendre en considération, il faut se référer en priorité aux circonstances dont l'Etat en cause avait ou devait avoir connaissance au moment de l'éloignement.

ii. Application en l'espèce

122. La Cour a déjà eu l'occasion de reconnaître que les Etats situés aux frontières extérieures de l'Union européenne rencontrent actuellement des difficultés considérables pour faire face à un flux croissant de migrants et de demandeurs d'asile. Elle ne saurait sous-estimer le poids et la pression que cette situation fait peser sur les pays concernés, d'autant plus lourds qu'elle s'inscrit dans un contexte de crise économique (*M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, § 223, CEDH 2011). En particulier, elle est consciente des difficultés liées au phénomène des migrations maritimes, impliquant pour les Etats des complications supplémentaires dans le contrôle des frontières du sud de l'Europe.

Toutefois, vu le caractère absolu des droits garantis par l'article 3, cela ne saurait exonérer un Etat de ses obligations au regard de cette disposition.

123. La Cour rappelle que la protection contre les traitements prohibés par l'article 3 impose à un Etat l'obligation de ne pas éloigner une personne lorsqu'elle court dans l'Etat de destination un risque réel d'être soumise à de tels traitements.

Elle constate que les nombreux rapports d'organes internationaux et d'organisations non gouvernementales décrivent une situation préoccupante quant au traitement réservé en Libye aux immigrés clandestins à l'époque des faits. Les conclusions desdits documents sont par ailleurs corroborées par le rapport du CPT du 28 avril 2010 (paragraphe 36 ci-dessus).

124. La Cour observe au passage que la situation en Libye s'est par la suite dégradée, après la fermeture du bureau du HCR de Tripoli, en avril 2010, puis la révolte populaire qui a éclaté dans le pays en février 2011. Toutefois, aux fins de l'examen de la présente affaire, elle se référera à la situation qui prévalait dans ce pays à l'époque des faits.

125. Selon les divers rapports susmentionnés, durant la période concernée aucune règle de protection des réfugiés n'était respectée en Libye; toutes les personnes entrées dans le pays par des moyens irréguliers étaient considérées comme des clandestins, sans distinction aucune entre les migrants irréguliers et les demandeurs d'asile. En conséquence, ces personnes étaient systématiquement arrêtées et détenues dans des conditions que les visiteurs extérieurs, telles les délégations du HCR, de Human Rights Watch et d'Amnesty International, n'hésitent pas à qualifier d'inhumaines. De nombreux cas de torture, de mauvaises conditions d'hygiène et d'absence de soins médicaux appropriés ont été dénoncés par l'ensemble des observateurs. Les clandestins risquaient à tout moment d'être refoulés vers leur pays d'origine et, lorsqu'ils parvenaient à retrouver la liberté, ils étaient exposés à des conditions de vie particulièrement précaires du fait de leur

situation irrégulière. Les immigrés irréguliers, comme les requérants, étaient destinés à occuper dans la société libyenne une position marginale et isolée, qui les rendait extrêmement vulnérables aux actes xénophobes et racistes (paragraphes 35-41 ci-dessus).

126. Or, il ressort clairement de ces mêmes rapports que les migrants clandestins débarqués en Libye à la suite de leur interception en haute mer par l'Italie, tels que les requérants, n'échappaient pas à ces risques.

127. Face au tableau préoccupant brossé par les différentes organisations internationales, le gouvernement défendeur maintient que la Libye était, à l'époque des faits, un lieu de destination « sûr » pour les migrants interceptés en haute mer.

Il étaye sa conviction sur la présomption que la Libye aurait respecté ses engagements internationaux en matière d'asile et de protection des réfugiés, y compris le principe de non-refoulement. Il fait valoir que le traité d'amitié italo-libyen de 2008, en vertu duquel les refoulements de clandestins ont été effectués, prévoyait expressément le respect des dispositions de droit international en matière de protection des droits de l'homme, tout comme des autres conventions internationales auxquelles la Libye était partie.

128. A cet égard, la Cour observe que le non-respect par la Libye de ses obligations internationales était une des réalités dénoncées par les rapports internationaux concernant ce pays. En tout état de cause, la Cour ne peut que rappeler que l'existence de textes internes et la ratification de traités internationaux garantissant le respect des droits fondamentaux ne suffisent pas, à elles seules, à assurer une protection adéquate contre le risque de mauvais traitements lorsque, comme en l'espèce, des sources fiables font état de pratiques des autorités – ou tolérées par celles-ci – manifestement contraires aux principes de la Convention (*M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité, § 353, et voir, *mutatis mutandis*, *Saadi*, précité, § 147).

129. Par ailleurs, la Cour note que l'Italie ne saurait se dégager de sa propre responsabilité en invoquant ses obligations découlant des accords bilatéraux avec la Libye. En effet, à supposer même que lesdits accords prévoient expressément le refoulement en Libye des migrants interceptés en haute mer, les Etats membres demeurent responsables même lorsque, postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention et de ses Protocoles à leur égard, ils ont assumé des engagements découlant de traités (*Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne* [GC], n° 42527/98, § 47, CEDH 2001-VIII, et *Al-Saadoon et Mufdhî c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, § 128, CEDH 2010).

130. Quant à l'argument du Gouvernement tiré de la présence d'un bureau du HCR à Tripoli, force est de constater que l'activité du Haut Commissariat, même avant sa cessation définitive en avril 2010, n'a jamais bénéficié de quelque forme de reconnaissance que ce soit de la part du

gouvernement libyen. Il ressort des documents examinés par la Cour que le statut de réfugié reconnu par le HCR ne garantissait aucune forme de protection aux personnes concernées en Libye.

131. La Cour relève une fois encore que cette réalité était notoire et facile à vérifier à partir de sources multiples. Dès lors, elle estime qu'au moment d'éloigner les requérants, les autorités italiennes savaient ou devaient savoir que ceux-ci, en tant que migrants irréguliers, seraient exposés en Libye à des traitements contraires à la Convention et qu'ils ne pourraient accéder à aucune forme de protection dans ce pays.

132. Le Gouvernement soutient que les requérants n'ont pas évoqué de façon suffisamment explicite les risques encourus en Libye, dès lors qu'ils n'ont pas demandé l'asile auprès des autorités italiennes. Le simple fait qu'ils se soient opposés à leur débarquement sur les côtes libyennes ne saurait selon lui être considéré comme une demande de protection faisant peser sur l'Italie une obligation en vertu de l'article 3 de la Convention.

133. La Cour observe tout d'abord que cette circonstance est contestée par les intéressés, lesquels ont affirmé avoir fait part aux militaires italiens de leur intention de demander une protection internationale. D'ailleurs, la version des requérants est corroborée par les nombreux témoignages recueillis par le HCR et Human Rights Watch. Quoi qu'il en soit, la Cour considère qu'il appartenait aux autorités nationales, face à une situation de non-respect systématique des droits de l'homme telle que celle décrite ci-dessus, de s'enquérir du traitement auquel les requérants seraient exposés après leur refoulement (voir, *mutatis mutandis*, *Chahal*, précité, §§ 104-105, *Jabari*, précité, §§ 40-41, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité, § 359). Le fait que les intéressés aient omis de demander expressément l'asile, eu égard aux circonstances de l'espèce, ne dispensait pas l'Italie de respecter ses obligations au titre de l'article 3 de la Convention.

134. A cet égard, la Cour relève qu'aucune des dispositions de droit international citées par le Gouvernement ne justifiait le renvoi des requérants vers la Libye, dans la mesure où tant les normes en matière de secours aux personnes en mer que celles concernant la lutte contre la traite des êtres humains imposent aux Etats le respect des obligations découlant du droit international en matière de réfugiés, dont le «principe de non-refoulement» (paragraphe 23 ci-dessus).

135. Ce principe de non-refoulement est également consacré par l'article 19 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. A cet égard, la Cour attache un poids particulier au contenu de la lettre écrite le 15 juillet 2009 par M. Jacques Barrot, vice-président de la Commission

européenne, dans laquelle celui-ci réitère l'importance du respect du principe de non-refoulement dans le cadre d'opérations menées en haute mer par les Etats membres de l'Union européenne (paragraphe 34 ci-dessus).

136. Au vu de ce qui précède, la Cour estime qu'en l'espèce, des faits sérieux et avérés permettent de conclure qu'il existait un risque réel pour les intéressés de subir en Libye des traitements contraires à l'article 3. La circonstance que de nombreux immigrés irréguliers en Libye étaient dans la même situation que les requérants ne change rien au caractère individuel du risque allégué, dès lors qu'il s'avère suffisamment concret et probable (voir, *mutatis mutandis*, *Saadi*, précité, § 132).

137. Se fondant sur ces conclusions et les devoirs qui pèsent sur les Etats en vertu de l'article 3, la Cour estime qu'en transférant les requérants vers la Libye, les autorités italiennes les ont exposés en pleine connaissance de cause à des traitements contraires à la Convention.

138. Dès lors, il convient de rejeter l'exception du Gouvernement ayant trait au défaut de la qualité de victime des requérants et de conclure qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention.

B. Sur la violation alléguée de l'article 3 de la Convention du fait que les requérants ont été exposés au risque d'être rapatriés arbitrairement en Erythrée et en Somalie

1. Thèses des parties

a) Les requérants

139. Les requérants allèguent que leur transfert vers la Libye, où les réfugiés et les demandeurs d'asile ne bénéficient d'aucune forme de protection, les a exposés au risque d'être refoulés vers leurs pays d'origine respectifs, la Somalie et l'Erythrée. Ils font valoir que plusieurs rapports émanant de sources internationales affirment l'existence de conditions contraires aux droits de l'homme dans ces deux pays.

140. Les requérants, qui ont fui leurs pays respectifs, soutiennent avoir été privés de toute possibilité d'obtenir une protection internationale. Le fait que la majorité d'entre eux ait obtenu le statut de réfugié à la suite de leur arrivée en Libye confirmerait que leurs craintes de subir des mauvais traitements étaient fondées. Ils estiment que, bien que le statut de réfugié accordé par le bureau du HCR de Tripoli n'ait aucune valeur pour les autorités libyennes, l'octroi de ce statut démontre que le groupe de migrants dont ils faisaient partie avait besoin d'une protection internationale.

b) Le Gouvernement

141. Le Gouvernement fait observer que la Libye était signataire de plusieurs instruments internationaux de protection des droits de l'homme et rappelle que, en ratifiant le traité d'amitié de 2008, elle s'était expressément engagée à respecter les principes inscrits dans la Charte des Nations unies et dans la Déclaration universelle des droits de l'homme.

142. Il réaffirme que la présence du HCR en Libye constituait une assurance de ce qu'aucune personne ayant droit à l'asile ou à une autre forme de protection internationale ne soit expulsée arbitrairement. Il fait valoir qu'un nombre important de requérants se sont vu octroyer le statut de réfugié en Libye, ce qui permettrait d'exclure leur rapatriement.

c) Les tiers intervenants

143. Le HCR affirme que la Libye a fréquemment procédé au renvoi collectif de réfugiés et de demandeurs d'asile vers leur pays d'origine, où ils pouvaient être soumis à la torture et à d'autres mauvais traitements. Il dénonce l'absence de système de protection internationale en Libye, ce qui engendrerait un risque très élevé de « refoulements en chaîne » de personnes ayant besoin de protection.

Le Haut Commissariat ainsi que Human Rights Watch et Amnesty International font état du risque, pour les individus rapatriés de force en Erythrée et en Somalie, d'être soumis à la torture et à des traitements inhumains et d'être exposés à des conditions de vie extrêmement précaires.

144. AIRE Centre, Amnesty International et la FIDH affirment que, eu égard à la vulnérabilité particulière des demandeurs d'asile et des personnes interceptées en mer et au manque de garanties ou de procédures adéquates à bord des navires qui permettraient de contester les renvois, il est d'autant plus impératif pour les Parties contractantes impliquées dans des opérations de renvoi de vérifier la situation réelle dans les Etats de destination, y compris quant au risque de refoulement ultérieur.

2. Appréciation de la Cour

a) Sur la recevabilité

145. La Cour estime que ce grief pose des questions de fait et de droit complexes qui ne peuvent être tranchées qu'après un examen au fond. Il s'ensuit que cette partie de la requête n'est pas manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 de la Convention. Aucun autre motif d'irrecevabilité n'ayant été relevé, elle doit être déclarée recevable.

b) Sur le fond

146. La Cour rappelle le principe selon lequel le refoulement indirect d'un étranger laisse intacte la responsabilité de l'Etat contractant, lequel est tenu, conformément à une jurisprudence bien établie, de veiller à ce que l'intéressé ne se trouve pas exposé à un risque réel de subir des traitements contraires à l'article 3 de la Convention en cas de rapatriement (voir, *mutatis mutandis*, *T.I. c. Royaume-Uni* (déc.), n° 43844/98, CEDH 2000-III, et *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité, § 342).

147. Il appartient à l'Etat qui procède au refoulement de s'assurer que le pays intermédiaire offre des garanties suffisantes permettant d'éviter que la personne concernée ne soit expulsée vers son pays d'origine sans une évaluation des risques qu'elle encourt. La Cour observe que cette obligation est d'autant plus importante lorsque, comme en l'espèce, le pays intermédiaire n'est pas un Etat partie à la Convention.

148. Dans la présente affaire, la tâche de la Cour ne consiste pas à se prononcer sur la violation de la Convention en cas de rapatriement des requérants, mais à rechercher s'il existait des garanties suffisantes permettant d'éviter que les intéressés ne soient soumis à un refoulement arbitraire vers leurs pays d'origine, dès lors qu'ils pouvaient faire valoir de façon défendable que leur rapatriement éventuel porterait atteinte à l'article 3 de la Convention.

149. La Cour dispose d'un certain nombre d'informations sur la situation générale en Erythrée et en Somalie, pays d'origine des requérants, produites par les intéressés et les tiers intervenants (paragraphes 43 et 44 ci-dessus).

150. Elle note que, selon le HCR et Human Rights Watch, les personnes rapatriées de force en Erythrée courent le risque d'être confrontées à la torture et d'être détenues dans des conditions inhumaines du seul fait qu'elles ont quitté irrégulièrement le pays. Quant à la Somalie, dans la récente affaire *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni* (n° 8319/07 et 11449/07, §§ 80-195, 28 juin 2011), la Cour a constaté la gravité du niveau de violence atteint à Mogadiscio et le risque élevé pour les personnes renvoyées dans ce pays d'être amenées soit à transiter par les zones touchées par le conflit armé soit à chercher refuge dans les camps pour personnes déplacées ou pour réfugiés, où les conditions de vie sont désastreuses.

151. La Cour estime que l'ensemble des informations en sa possession montre que *prima facie* la situation en Somalie et en Erythrée a posé et continue de poser de graves problèmes d'insécurité généralisée. Ce constat n'est d'ailleurs pas contesté devant la Cour.

152. En conséquence, les requérants pouvaient, de manière défendable, faire valoir que leur rapatriement porterait atteinte à l'article 3 de la Convention. Il s'agit à présent de rechercher si les autorités italiennes pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que la Libye présentât des garanties suffisantes contre les rapatriements arbitraires.

153. La Cour observe tout d'abord que la Libye n'a pas ratifié la Convention de Genève relative au statut des réfugiés. En outre, les observateurs internationaux font état de l'absence de toute forme de procédure d'asile et de protection des réfugiés dans le pays. A cet égard, la Cour a déjà eu l'occasion de constater que la présence du HCR à Tripoli n'est guère une garantie de protection des demandeurs d'asile, en raison de l'attitude négative des autorités libyennes, qui ne reconnaissent aucune valeur au statut de réfugié (paragraphe 130 ci-dessus).

154. Dans ces conditions, la Cour ne saurait souscrire à l'argument du Gouvernement selon lequel l'action du HCR représenterait une garantie contre les rapatriements arbitraires. De surcroît, Human Rights Watch et le HCR ont dénoncé plusieurs précédents de retours forcés de migrants irréguliers vers des pays à risque, migrants parmi lesquels se trouvaient des demandeurs d'asile et des réfugiés.

155. Dès lors, le fait que certains des requérants aient obtenu le statut de réfugié ne saurait rassurer la Cour quant au risque de refoulement arbitraire. Au contraire, la Cour partage l'avis des requérants selon lequel cela constitue une preuve supplémentaire de leur vulnérabilité.

156. Au vu de ce qui précède, la Cour estime qu'au moment de transférer les requérants vers la Libye, les autorités italiennes savaient ou devaient savoir qu'il n'existaient pas de garanties suffisantes protégeant les intéressés du risque d'être renvoyés arbitrairement dans leurs pays d'origine, compte tenu notamment de l'absence d'une procédure d'asile et de l'impossibilité de faire reconnaître par les autorités libyennes le statut de réfugié octroyé par le HCR.

157. Par ailleurs, la Cour réaffirme que l'Italie n'est pas dispensée de respecter ses obligations au titre de l'article 3 de la Convention du fait que les requérants auraient omis de demander l'asile ou d'exposer les risques encourus en raison de l'absence d'un système d'asile en Libye. Elle rappelle encore une fois qu'il revenait aux autorités italiennes de s'enquérir de la manière dont les autorités libyennes s'acquittaient de leurs obligations internationales en matière de protection des réfugiés.

158. Il s'ensuit que le transfert des requérants vers la Libye a également emporté violation de l'article 3 de la Convention du fait qu'il les a exposés au risque de rapatriement arbitraire.

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

159. Les requérants affirment avoir fait l'objet d'une expulsion collective dépourvue de toute base légale. Ils invoquent l'article 4 du Protocole n° 4, ainsi libellé :

« Les expulsions collectives d'étrangers sont interdites. »

A. Thèses des parties

1. *Le Gouvernement*

160. Le Gouvernement excipe de l'inapplicabilité de l'article 4 du Protocole n° 4 en l'espèce. Il estime que la garantie offerte par cette disposition entre en jeu seulement en cas d'expulsion de personnes qui se trouvent sur le territoire d'un Etat ou qui ont franchi illégalement la frontière nationale. Dans la présente affaire, la mesure en question correspondrait à un refus d'autoriser l'entrée sur le territoire national plutôt qu'à une « expulsion ».

2. *Les requérants*

161. Tout en admettant que l'emploi du terme « expulsion » pourrait en apparence constituer un obstacle à l'applicabilité de cette disposition, les requérants affirment qu'une approche évolutive devrait amener la Cour à reconnaître l'applicabilité de l'article 4 du Protocole n° 4 dans la présente affaire.

162. En particulier, les requérants plaident pour une interprétation fonctionnelle et télologique de cette disposition. Selon eux, le but essentiel de l'interdiction des expulsions collectives est d'empêcher les Etats de procéder au transfert forcé d'un groupe d'étrangers vers un autre Etat sans examiner, fût-ce de manière sommaire, leur situation individuelle. Dans cette optique, pareille interdiction devrait s'appliquer également aux mesures d'éloignement de migrants en haute mer, effectuées sans aucun acte formel préalable, en ce que lesdites mesures pourraient constituer des « expulsions déguisées ». Une interprétation télologique et « extraterritoriale » de cette disposition aurait pour effet de la rendre concrète et effective et non pas théorique et illusoire.

163. Selon les requérants, à supposer même que la Cour décide de conférer une portée strictement territoriale à l'interdiction établie par l'article 4 du Protocole n° 4, leur refoulement vers la Libye entrerait de toute manière dans le champ d'application de cet article du fait qu'il est intervenu à partir d'un bateau battant pavillon italien, assimilé par l'article 4 du code italien de la navigation au « territoire italien ».

Leur refoulement vers la Libye, effectué sans identification préalable et en l'absence de tout examen de la situation personnelle de chacun d'eux, aurait constitué, en substance, une mesure d'éloignement collective.

3. Les tiers intervenants

164. Le Haut Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme (HCDH), auquel se rallie le HCR, plaide l'applicabilité de l'article 4 du Protocole n° 4 au cas d'espèce. Il estime que la question est cruciale, compte tenu des répercussions importantes qu'une interprétation extensive de cette disposition pourrait avoir dans le domaine des migrations internationales.

Après avoir rappelé que les expulsions collectives d'étrangers, y compris ceux en situation irrégulière, sont interdites de manière générale par le droit international et communautaire, le HCDH affirme que les personnes interceptées en mer doivent pouvoir bénéficier d'une protection contre ce type d'expulsions, même lorsqu'elles n'ont pas pu atteindre la frontière d'un Etat.

Les expulsions collectives pratiquées en haute mer sont interdites au regard du principe de la bonne foi, à la lumière duquel doivent être interprétées les dispositions conventionnelles. Permettre aux Etats de renvoyer les migrants interceptés en haute mer sans respecter la garantie que consacre l'article 4 du Protocole n° 4 signifierait accepter que les Etats se dégagent de leurs obligations conventionnelles en avançant les opérations de contrôle aux frontières.

De plus, reconnaître l'exercice extraterritorial de la juridiction d'un Etat contractant pour des faits ayant eu lieu en haute mer entraînerait selon le HCDH une présomption d'applicabilité de l'ensemble des droits garantis par la Convention et ses Protocoles.

165. La Columbia Law School Human Rights Clinic rappelle l'importance des garanties procédurales dans le domaine de la protection des droits des réfugiés. Les Etats auraient le devoir d'examiner la situation de chaque individu au cas par cas, afin de garantir une protection efficace des droits fondamentaux des personnes concernées et d'éviter de procéder à leur éloignement lorsqu'il existe un risque de préjudice.

Elle estime que l'immigration clandestine par la mer n'est pas un phénomène nouveau mais que la communauté internationale reconnaît de plus en plus la nécessité de fixer des limites aux pratiques des Etats en matière de contrôle de l'immigration, y compris l'interception en mer. Le principe de non-refoulement exigerait des Etats qu'ils s'abstiennent d'éloigner des personnes sans avoir apprécié leur situation au cas par cas.

Ainsi, divers organes des Nations unies, comme le Comité contre la torture, auraient clairement déclaré que de telles pratiques risquaient d'enfreindre les

normes internationales en matière de droits de l'homme et auraient souligné l'importance de l'identification et de l'appréciation individuelles pour prévenir les renvois à risque. La Commission interaméricaine des droits de l'homme aurait reconnu l'importance de ces garanties procédurales dans l'affaire *The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States* (affaire n° 10.675, rapport n° 51/96, § 163), dans laquelle elle aurait exprimé l'avis que les Etats-Unis avaient renvoyé de manière inacceptable des migrants haïtiens interceptés en haute mer, sans avoir procédé à une détermination adéquate de leur statut ni les avoir entendus aux fins de vérifier s'ils pouvaient prétendre au statut de réfugié. Cette décision serait d'autant plus importante qu'elle contredirait la position prise précédemment par la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Sale v. Haitian Centers Council* (113 S. Ct. 2549, 1993).

B. Appréciation de la Cour

1. Sur la recevabilité

166. La Cour doit tout d'abord examiner la question de l'applicabilité de l'article 4 du Protocole n° 4. Dans l'affaire *Becker c. Danemark* (n° 7011/75, décision de la Commission du 3 octobre 1975, Décisions et rapports (DR) 4, p. 236), relative au rapatriement d'un groupe d'environ deux cents enfants vietnamiens par les autorités danoises, la Commission a défini, pour la première fois, l'«expulsion collective d'étrangers» comme étant «toute mesure de l'autorité compétente contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays sauf dans les cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe».

167. Par la suite, cette définition a été utilisée par les organes de la Convention dans les autres affaires relatives à l'article 4 du Protocole n° 4. La Cour observe que la plupart d'entre elles portaient sur des personnes qui se trouvaient sur le territoire de l'Etat concerné (*K.G. c. R.F.A*, n° 7704/76, décision de la Commission du 11 mars 1977, non publiée, *O. et autres c. Luxembourg*, n° 7757/77, décision de la Commission du 3 mars 1978, non publiée, *A. et autres c. Pays-Bas*, n° 14209/88, décision de la Commission du 16 décembre 1988, DR 59, *Andric c. Suède* (déc.), n° 45917/99, 23 février 1999, *Čonka c. Belgique*, n° 51564/99, CEDH 2002-I, *Davydov c. Estonie* (déc.), n° 16387/03, 31 mai 2005, *Berisha et Haljiti c. ex-République yougoslave de Macédoine* (déc.), n° 18670/03, CEDH 2005-VIII, *Sultani c. France*, n° 45223/05, CEDH 2007-IV, *Ghulami c. France* (déc.), n° 45302/05, 7 avril 2009, *Dritsas et autres c. Italie* (déc.), n° 2344/02, 1^{er} février 2011).

168. En revanche l'affaire *Xhavara et autres c. Italie et Albanie* ((déc.), n° 39473/98, 11 janvier 2001) concernait des ressortissants albanais qui avaient tenté d'entrer clandestinement en Italie à bord d'un bateau albanais et qui avaient été interceptés par un navire de guerre italien à environ 35 milles marins des côtes italiennes. Le navire italien avait essayé de les empêcher de débarquer sur les côtes nationales, provoquant le décès de cinquante-huit personnes, parmi lesquelles les parents des requérants, à la suite d'une collision. Dans cette dernière affaire, les intéressés se plaignaient notamment du décret-loi n° 60 de 1997, qui prévoyait l'expulsion immédiate des étrangers irréguliers, mesure contre laquelle seul un recours non suspensif pouvait être formé. Ils y voyaient une méconnaissance de la garantie offerte par l'article 4 du Protocole n° 4. La Cour a rejeté ce grief pour incompatibilité *ratione personae*, la disposition interne contestée n'ayant pas été appliquée à leur cas, et ne s'est pas prononcée sur l'applicabilité de l'article 4 du Protocole n° 4 au cas d'espèce.

169. Dès lors, dans la présente affaire, la Cour est appelée pour la première fois à examiner la question de l'applicabilité de l'article 4 du Protocole n° 4 à un cas d'éloignement d'étrangers vers un Etat tiers effectué en dehors du territoire national. Il s'agit de rechercher si le transfert des requérants vers la Libye a constitué une « expulsion collective d'étrangers » au sens de la disposition litigieuse.

170. Pour interpréter les dispositions conventionnelles, la Cour s'inspire des articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (voir, par exemple, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 29, série A n° 18, *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], n° 34503/97, § 65, CEDH 2008, *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, § 62, CEDH 2008).

171. En application de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la Cour doit établir le sens ordinaire à attribuer aux termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de la disposition dont ils sont tirés. Elle doit tenir compte du fait que la disposition en question fait partie d'un traité pour la protection effective des droits de l'homme, et que la Convention doit se lire comme un tout et s'interpréter de manière à promouvoir sa cohérence interne et l'harmonie entre ses diverses dispositions (*Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.) [GC], n°s 65731/01 et 65900/01, § 48, CEDH 2005-X). La Cour doit également prendre en considération toute règle et tout principe de droit international applicables aux relations entre les Parties contractantes (*Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 55, CEDH 2001-XI, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* [GC], n° 45036/98, § 150, CEDH 2005-VI; voir également l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne). La Cour peut aussi faire appel à des moyens complémentaires d'interprétation, notamment aux travaux préparatoires de

la Convention, soit pour confirmer un sens déterminé conformément aux méthodes évoquées plus haut, soit pour en clarifier le sens lorsqu'il serait autrement ambigu, obscur ou manifestement absurde et déraisonnable (article 32 de la Convention de Vienne).

172. Le Gouvernement considère qu'un obstacle logique s'oppose à l'applicabilité de l'article 4 du Protocole n° 4 à la présente espèce, à savoir le fait que les requérants ne se trouvaient pas sur le territoire national lors de leur transfert vers la Libye, mesure qui par conséquent ne saurait selon lui passer pour une « expulsion » au sens ordinaire du terme.

173. La Cour ne partage pas l'opinion du Gouvernement sur ce point. Elle note tout d'abord que si les affaires examinées jusqu'à présent concernaient des personnes qui se trouvaient déjà, à différents titres, sur le territoire du pays concerné, le libellé de l'article 4 du Protocole n° 4 ne fait pas, en soi, obstacle à son application extraterritoriale. Il y a lieu d'observer en effet qu'aucune référence à la notion de « territoire » ne figure à l'article 4 du Protocole n° 4, alors qu'au contraire le texte de l'article 3 du même Protocole évoque expressément la portée territoriale de l'interdiction d'expulser des nationaux. De même, l'article 1 du Protocole n° 7 se réfère de façon explicite à la notion de territoire en matière de garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers résidant régulièrement sur le territoire de l'Etat. Aux yeux de la Cour, cet élément textuel ne saurait être ignoré.

174. Les travaux préparatoires, quant à eux, ne sont pas explicites au sujet du champ d'application et de la portée de l'article 4 du Protocole n° 4. En tout état de cause, il ressort du rapport explicatif relatif au Protocole n° 4, rédigé en 1963, que pour le comité d'experts, l'article 4 devait formellement prohiber « les expulsions collectives du genre de celles qui se sont produites [dans un passé récent] ». Aussi était-il « entendu que l'adoption du présent article [de l'article 4] et de l'article 3, paragraphe 1, ne pourrait en aucune façon être interprétée comme étant de nature à légitimer les mesures d'expulsion collective prises dans le passé ». Dans le commentaire du projet, on peut lire que, selon le comité d'experts, les étrangers auxquels l'article se réfère ne sont pas seulement ceux résidant régulièrement sur le territoire, mais « tous ceux qui n'ont pas un droit actuel de nationalité dans l'Etat sans distinguer ni s'ils sont simplement de passage ou s'ils sont résidents ou domiciliés, ni s'ils sont des réfugiés ou s'ils sont entrés dans le pays de leur plein gré, ni s'ils sont apatrides ou possèdent une nationalité » (article 4 du projet définitif du comité, p. 505, § 34). Enfin, pour les rédacteurs du Protocole n° 4, le mot « expulsion » devait être interprété « dans le sens générique que lui reconnaît le langage courant (chasser hors d'un endroit) ». Bien que cette dernière définition soit contenue dans la section relative à l'article 3 du Protocole n° 4, la Cour considère qu'elle peut être appliquée également à

l'article 4 du même Protocole. Il s'ensuit que les travaux préparatoires, eux non plus, ne s'opposent pas à une application extraterritoriale de l'article 4 du Protocole n° 4.

175. Pour autant, la question demeure de savoir si une telle application se justifie. Pour y répondre, il convient de tenir compte du but et du sens de la disposition en cause, lesquels doivent eux-mêmes s'analyser à la lumière du principe, solidement ancré dans la jurisprudence de la Cour, selon lequel la Convention est un instrument vivant qui doit être interprété à la lumière des conditions actuelles (voir, par exemple, *Soering*, précité, § 102, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A n° 45, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, *Recueil* 1997-II, *V. c. Royaume-Uni* [GC], n° 24888/94, § 72, CEDH 1999-IX, *Matthews c. Royaume-Uni* [GC], n° 24833/94, § 39, CEDH 1999-I). En outre, il est essentiel que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives et non pas théoriques et illusoires (*Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, § 26, série A n° 32, *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], n° 46827/99 et 46951/99, § 121, CEDH 2005-I, *Leyla Şahin c. Turquie* [GC], n° 44774/98, § 136, CEDH 2005-XI).

176. Or, une longue période s'est écoulée depuis la rédaction du Protocole n° 4. Depuis cette époque, les flux migratoires en Europe n'ont cessé de s'intensifier, empruntant de plus en plus la voie maritime, si bien que l'interception de migrants en haute mer et leur renvoi vers les pays de transit ou d'origine font désormais partie du phénomène migratoire, dans la mesure où ils constituent pour les Etats des moyens de lutte contre l'immigration irrégulière.

Le contexte de crise économique ainsi que les récentes mutations sociales et politiques ayant touché tout particulièrement certaines régions d'Afrique et du Moyen Orient placent les Etats européens face à de nouveaux défis dans le domaine de la gestion de l'immigration.

177. La Cour a déjà relevé que d'après la jurisprudence bien établie de la Commission et de la Cour, le but de l'article 4 du Protocole n° 4 est d'éviter que les Etats puissent éloigner un certain nombre d'étrangers sans examiner leur situation personnelle et, par conséquent, sans leur permettre d'exposer leurs arguments s'opposant à la mesure prise par l'autorité compétente. Si donc l'article 4 du Protocole n° 4 devait s'appliquer seulement aux expulsions collectives effectuées à partir du territoire national des Etats parties à la Convention, c'est une partie importante des phénomènes migratoires contemporains qui se trouverait soustraite à l'empire de cette disposition, nonobstant le fait que les agissements qu'elle entend interdire peuvent se produire en dehors du territoire national et notamment, comme en l'espèce, en haute mer. L'article 4 se verrait ainsi privé d'effet utile à l'égard

de ces phénomènes, qui tendent pourtant à se multiplier. Cela aurait pour conséquence que des migrants ayant emprunté la voie maritime, souvent au péril leur vie, et qui ne sont pas parvenus à atteindre les frontières d'un Etat, n'auraient pas droit à un examen de leur situation personnelle avant d'être expulsés, contrairement à ceux qui ont emprunté la voie terrestre.

178. Pour autant, il est clair que, de même que la notion de « juridiction » est principalement territoriale et qu'elle est présumée s'exercer sur le territoire national des Etats (paragraphe 71 ci-dessus), la notion d'expulsion est, elle aussi, principalement territoriale, en ce sens que les expulsions se font le plus souvent depuis le territoire national. Là où toutefois, comme en l'espèce, elle a reconnu qu'un Etat contractant avait exercé, à titre exceptionnel, sa juridiction en dehors de son territoire national, la Cour ne voit pas d'obstacle à accepter que l'exercice de la juridiction extraterritoriale de cet Etat a pris la forme d'une expulsion collective. Conclure autrement, et accorder à cette dernière notion une portée strictement territoriale, entraînerait une distorsion entre le champ d'application de la Convention en tant que telle et celui de l'article 4 du Protocole n° 4, ce qui contredit le principe selon lequel la Convention doit s'interpréter comme un tout. D'ailleurs, s'agissant de l'exercice par un Etat de sa juridiction en haute mer, la Cour a déjà affirmé que la spécificité du contexte maritime ne saurait aboutir à la consécration d'un espace de non-droit au sein duquel les individus ne relèveraient d'aucun régime juridique susceptible de leur accorder la jouissance des droits et garanties prévus par la Convention et que les Etats se sont engagés à reconnaître aux personnes placées sous leur juridiction (*Medvedyev et autres*, précité, § 81).

179. Les considérations ci-dessus ne remettent pas en cause le droit dont disposent les Etats d'établir souverainement leurs politiques d'immigration. Il importe toutefois de souligner que les difficultés dans la gestion des flux migratoires ne peuvent justifier le recours, de la part des Etats, à des pratiques qui seraient incompatibles avec leurs obligations conventionnelles. La Cour réaffirme à cet égard que l'interprétation des normes conventionnelles doit se faire au regard du principe de la bonne foi et de l'objet et du but du traité ainsi que de la règle de l'effet utile (*Mamatkoulov et Askarov*, précité, § 123).

180. Compte tenu de ce qui précède, la Cour considère que les éloignements d'étrangers effectués dans le cadre d'interceptions en haute mer par les autorités d'un Etat dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique, et qui ont pour effet d'empêcher les migrants de rejoindre les frontières de l'Etat, voire de les refouler vers un autre Etat, constituent un exercice de leur juridiction au sens de l'article 1 de la Convention, qui engage la responsabilité de l'Etat en question sur le terrain de l'article 4 du Protocole n° 4.

181. En l'espèce, la Cour estime que l'opération ayant conduit au transfert des requérants vers la Libye a été menée par les autorités italiennes dans le but d'empêcher les débarquements de migrants irréguliers sur les côtes nationales. A cet égard, elle attache un poids particulier aux déclarations livrées après les faits par le ministre de l'Intérieur à la presse nationale et au Sénat de la République, dans lesquelles il a expliqué l'importance des renvois en haute mer pour la lutte contre l'immigration clandestine et souligné la diminution importante des débarquements due aux opérations menées au cours du mois de mai 2009 (paragraphe 13 ci-dessus).

182. Partant, la Cour rejette l'exception du Gouvernement et considère que l'article 4 du Protocole n° 4 trouve à s'appliquer en l'espèce.

2. Sur le fond

183. La Cour observe qu'à ce jour, l'affaire *Čonka*, précitée, est la seule où elle a constaté une violation de l'article 4 du Protocole n° 4. Dans l'examen de cette affaire, afin d'évaluer l'existence d'une expulsion collective, elle a examiné les circonstances de l'espèce et vérifié si les décisions d'éloignement avaient pris en considération la situation particulière des individus concernés. La Cour a alors déclaré (§§ 61-63) :

« La Cour note toutefois que les mesures de détention et d'éloignement litigieuses ont été prises en exécution d'un ordre de quitter le territoire daté du 29 septembre 1999, lequel était fondé uniquement sur l'article 7, alinéa 1, 2^e, de la loi sur les étrangers, sans autre référence à la situation personnelle des intéressés que le fait que leur séjour en Belgique excédait trois mois. En particulier, le document ne faisait aucune référence à la demande d'asile des requérants ni aux décisions des 3 mars et 18 juin 1999 intervenues en la matière. Certes, ces décisions étaient, elles aussi, accompagnées d'un ordre de quitter le territoire, mais à lui seul, celui-ci n'autorisait pas l'arrestation des requérants. Celle-ci a donc été ordonnée pour la première fois par une décision du 29 septembre 1999, sur un fondement légal étranger à leur demande d'asile, mais suffisant néanmoins pour entraîner la mise en œuvre des mesures critiquées. Dans ces conditions, et au vu du grand nombre de personnes de même origine ayant connu le même sort que les requérants, la Cour estime que le procédé suivi n'est pas de nature à exclure tout doute sur le caractère collectif de l'expulsion critiquée.

Ces doutes se trouvent renforcés par un ensemble de circonstances telles que le fait que préalablement à l'opération litigieuse les instances politiques responsables avaient annoncé des opérations de ce genre et donné des instructions à l'administration compétente en vue de leur réalisation (...); que tous les intéressés ont été convoqués simultanément au commissariat; que les ordres de quitter le territoire et d'arrestation qui leur ont été remis présentaient un libellé identique; qu'il était très difficile pour les intéressés de prendre contact avec un avocat; enfin, que la procédure d'asile n'était pas encore terminée.

Bref, à aucun stade de la période allant de la convocation des intéressés au commissariat à leur expulsion, la procédure suivie n'offrait des garanties suffisantes attestant d'une prise en compte réelle et différenciée de la situation individuelle de chacune des personnes concernées (...)»

184. Dans leur jurisprudence, les organes de la Convention ont par ailleurs précisé que le fait que plusieurs étrangers fassent l'objet de décisions semblables ne permet pas en soi de conclure à l'existence d'une expulsion collective lorsque chaque intéressé a pu individuellement exposer devant les autorités compétentes les arguments qui s'opposaient à son expulsion (*K.G. c. R.F.A.*, décision précitée, *Andric*, décision précitée, *Sultani*, précité, § 81). Enfin, la Cour a jugé qu'il n'y a pas violation de l'article 4 du Protocole n° 4 si l'absence de décision individuelle d'éloignement est la conséquence du comportement fautif des personnes intéressées (*Berisha et Haljiti*, décision précitée, et *Dritsas et autres*, décision précitée).

185. En l'espèce, la Cour ne peut que constater que le transfert des requérants vers la Libye a été exécuté en l'absence de toute forme d'examen de la situation individuelle de chaque requérant. Il est incontesté que les requérants n'ont fait l'objet d'aucune procédure d'identification de la part des autorités italiennes, lesquelles se sont bornées à faire monter l'ensemble des migrants interceptés sur les navires militaires et à les débarquer sur les côtes libyennes. De plus, la Cour relève que le personnel à bord des navires militaires n'était pas formé pour mener des entretiens individuels et n'était pas assisté d'interprètes et de conseils juridiques.

Cela suffit à la Cour pour exclure l'existence de garanties suffisantes attestant une prise en compte réelle et différenciée de la situation individuelle de chacune des personnes concernées.

186. Au vu de ce qui précède, la Cour conclut que l'éloignement des requérants a eu un caractère collectif contraire à l'article 4 du Protocole n° 4. Partant, il y a eu violation de cette disposition.

V. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 13 COMBINÉ AVEC LES ARTICLES 3 DE LA CONVENTION ET 4 DU PROTOCOLE N° 4

187. Les requérants se plaignent de ne pas avoir bénéficié en droit italien d'un recours effectif pour formuler leurs griefs tirés des articles 3 de la Convention et 4 du Protocole n° 4. Ils invoquent l'article 13 de la Convention, qui est ainsi libellé :

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

A. Thèses des parties

1. Les requérants

188. Les requérants affirment que les interceptions de personnes en haute mer menées par l'Italie ne sont pas prévues par la loi et sont soustraites à tout contrôle de légalité par une autorité nationale. Pour cette raison, ils auraient été privés de toute possibilité de présenter un recours contre leur refoulement en Libye et d'alléguer la violation des articles 3 de la Convention et 4 du Protocole n° 4.

189. Les intéressés soutiennent qu'aucune des exigences d'effectivité des recours prévues par la jurisprudence de la Cour n'a été respectée par les autorités italiennes, lesquelles n'auraient même pas procédé à l'identification des migrants interceptés et n'auraient prêté aucune attention à leurs demandes de protection. Par ailleurs, même à supposer qu'ils aient eu la possibilité de s'adresser aux militaires pour demander l'asile, ils n'auraient pas pu bénéficier des garanties procédurales prévues par la loi italienne, tel l'accès à une instance judiciaire, pour la simple raison qu'ils se trouvaient à bord de navires.

190. Les requérants estiment que l'exercice de la souveraineté territoriale en matière de politique de l'immigration ne doit en aucun cas entraîner le non-respect des obligations que la Convention impose aux Etats, parmi lesquelles figure celle de garantir le droit à un recours effectif devant une instance nationale à toute personne relevant de leur juridiction.

2. Le Gouvernement

191. Le Gouvernement plaide que les circonstances de l'espèce, dès lors qu'elles se sont déroulées à bord de navires, ne permettaient pas de garantir aux requérants le droit d'accès à une instance nationale.

192. Lors de l'audience devant la Grande Chambre, il a soutenu que les requérants auraient dû saisir les juridictions nationales afin d'obtenir la reconnaissance et, le cas échéant, le redressement des violations alléguées de la Convention. Selon le Gouvernement, le système judiciaire national aurait permis de constater l'éventuelle responsabilité des militaires qui ont secouru les requérants, tant au regard du droit national que du droit international.

Le Gouvernement maintient que les requérants auxquels le HCR a reconnu le statut de réfugiés ont le loisir d'entrer à tout moment sur le territoire italien et d'exercer leurs droits conventionnels, y compris celui de saisir les autorités judiciaires.

3. Les tiers intervenants

193. Le HCR affirme que le principe de non-refoulement implique pour les Etats des obligations procédurales. Par ailleurs, le droit d'accès à

une procédure d'asile effective et diligentée par une autorité compétente serait d'autant plus crucial qu'il s'agit de flux migratoires « mixtes », dans le cadre desquels les demandeurs d'asile potentiels doivent être individualisés et distingués des autres migrants.

194. AIRE Centre, Amnesty International et la FIDH considèrent que les individus refoulés à la suite d'une interception en haute mer n'ont accès à aucun recours dans l'Etat contractant responsable de l'opération, et encore moins à une voie de recours susceptible de satisfaire aux exigences de l'article 13 de la Convention. Les intéressés ne disposeraient d'aucune possibilité adéquate ni des soutiens nécessaires, notamment l'assistance d'un interprète, qui leur permettraient d'exposer les raisons militant contre leur refoulement, sans parler d'un examen dont la rigueur satisferait aux exigences de la Convention. Les parties intervenantes estiment que, lorsque les Parties contractantes à la Convention sont impliquées dans des interceptions en mer débouchant sur un refoulement, il leur incombe de s'assurer que chacune des personnes concernées dispose d'une possibilité effective de contester son renvoi à la lumière des droits garantis par la Convention et d'obtenir un examen de sa demande avant que le refoulement ne soit exécuté.

Les parties intervenantes considèrent que l'absence d'un recours permettant d'identifier les requérants et d'apprécier individuellement leurs demandes de protection ainsi que leurs besoins constitue une omission grave, tout comme le défaut de toute investigation de suivi pour s'assurer du sort des personnes renvoyées.

195. La Columbia Law School Human Rights Clinic fait valoir que le droit international des droits de l'homme et des réfugiés exige tout d'abord que l'Etat informe les migrants de leur droit à la protection. Le devoir d'information serait indispensable pour rendre effective l'obligation de l'Etat d'identifier les personnes qui, parmi les individus interceptés, ont besoin d'une protection internationale. Ce devoir serait particulièrement important en cas d'interception en mer, du fait que les personnes concernées connaîtraient rarement le droit national et n'auraient pas accès à un interprète ou à un conseil juridique. Ensuite, chaque personne devrait être entendue par les autorités nationales et obtenir une décision individuelle relativement à sa demande.

B. Appréciation de la Cour

1. Sur la recevabilité

196. La Cour rappelle avoir joint à l'examen du bien-fondé des griefs tirés de l'article 13 de la Convention l'exception de non-épuisement des voies de recours internes soulevée par le Gouvernement lors de l'audience

devant la Grande Chambre (paragraphe 62 ci-dessus). Par ailleurs, la Cour considère que cette partie de la requête pose des questions de droit et de fait complexes qui ne peuvent être tranchées qu'après un examen au fond; il s'ensuit que celle-ci n'est pas manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. Aucun autre motif d'irrecevabilité n'ayant été relevé, il y a lieu de la déclarer recevable.

2. Sur le fond

a) Les principes généraux

197. L'article 13 de la Convention garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de se prévaloir des droits et libertés de la Convention tels qu'ils s'y trouvent consacrés. Cette disposition a donc pour conséquence d'exiger un recours interne permettant d'examiner le contenu d'un «grief défendable» fondé sur la Convention et d'offrir le redressement approprié. La portée de l'obligation que l'article 13 fait peser sur les Etats contractants varie en fonction de la nature du grief du requérant. Toutefois, le recours exigé par l'article 13 doit être «effectif» en pratique comme en droit. L'«effectivité» d'un «recours» au sens de l'article 13 ne dépend pas de la certitude d'une issue favorable pour le requérant. De même, l'«instance» dont parle cette disposition n'a pas besoin d'être une institution judiciaire, mais alors ses pouvoirs et les garanties qu'elle présente entrent en ligne de compte pour apprécier l'effectivité du recours s'exerçant devant elle. En outre, l'ensemble des recours offerts par le droit interne peut remplir les exigences de l'article 13, même si aucun d'eux n'y répond en entier à lui seul (voir, parmi beaucoup d'autres, *Kudla c. Pologne* [GC], n° 30210/96, § 157, CEDH 2000-XI).

198. Il ressort de la jurisprudence que le grief d'une personne selon lequel son renvoi vers un Etat tiers l'exposerait à des traitements prohibés par l'article 3 de la Convention «doit impérativement faire l'objet d'un contrôle attentif par une «instance nationale» (*Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie*, n° 36378/02, § 448, CEDH 2005-III, et voir aussi *Jabari*, précité, § 39). Ce principe a conduit la Cour à juger que la notion de «recours effectif» au sens de l'article 13 combiné avec l'article 3 requiert, d'une part, «un examen indépendant et rigoureux» de tout grief soulevé par une personne se trouvant dans une telle situation, aux termes duquel «il existe des motifs sérieux de croire à l'existence d'un risque réel de traitements contraires à l'article 3» et, d'autre part, «la possibilité de faire surseoir à l'exécution de la mesure litigieuse» (arrêts précités, § 460 et § 50 respectivement).

199. En outre, dans l'arrêt *Čonka* (précité, §§ 79 et suivants) la Cour a précisé, sur le terrain de l'article 13 combiné avec l'article 4 du Protocole n° 4,

qu'un recours ne répond pas aux exigences du premier s'il n'a pas d'effet suspensif. Elle a notamment souligné (§ 79) :

« La Cour considère que l'effectivité des recours exigés par l'article 13 suppose qu'ils puissent empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles (...) En conséquence, l'article 13 s'oppose à ce que pareilles mesures soient exécutées avant même l'issue de l'examen par les autorités nationales de leur compatibilité avec la Convention. Toutefois, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur fait l'article 13 (...) »

200. Compte tenu de l'importance de l'article 3 de la Convention et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements, la Cour a jugé que le critère de l'effet suspensif devait s'appliquer également dans le cas où un Etat partie déciderait de renvoyer un étranger vers un Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'il courrait un risque de cette nature (*Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France*, n° 25389/05, § 66, CEDH 2007-II, et *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité, § 293).

b) Application en l'espèce

201. La Cour vient de conclure que le renvoi des requérants vers la Libye s'analysait en une violation des articles 3 de la Convention et 4 du Protocole n° 4. Les griefs soulevés par les requérants sur ces points sont dès lors « défendables » aux fins de l'article 13 de la Convention.

202. La Cour a constaté que les requérants n'ont eu accès à aucune procédure tendant à leur identification et à la vérification de leurs situations personnelles avant l'exécution de leur éloignement vers la Libye (paragraphe 185 ci-dessus). Le Gouvernement admet que de telles procédures n'étaient pas envisageables à bord des navires militaires sur lesquels on a fait embarquer les intéressés. Le personnel à bord ne comptait d'ailleurs ni interprètes ni conseils juridiques.

203. La Cour observe que les requérants allèguent n'avoir reçu aucune information de la part des militaires italiens, lesquels leur auraient fait croire qu'ils étaient dirigés vers l'Italie et ne les auraient pas renseignés quant à la procédure à suivre pour empêcher leur renvoi en Libye.

Dans la mesure où cette circonstance est contestée par le Gouvernement, la Cour attache un poids particulier à la version des requérants, car elle est corroborée par les nombreux témoignages recueillis par le HCR, le CPT et Human Rights Watch.

204. Or, la Cour a déjà affirmé que le défaut d'information constitue un obstacle majeur à l'accès aux procédures d'asile (*M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité, § 304). Elle réitère ici l'importance de garantir aux personnes

concernées par une mesure d'éloignement, mesure dont les conséquences sont potentiellement irréversibles, le droit d'obtenir des informations suffisantes leur permettant d'avoir un accès effectif aux procédures et d'étayer leurs griefs.

205. Compte tenu des circonstances de la présente espèce, la Cour estime que les requérants ont été privés de toute voie de recours qui leur eût permis de soumettre à une autorité compétente leurs griefs tirés des articles 3 de la Convention et 4 du Protocole n° 4 et d'obtenir un contrôle attentif et rigoureux de leurs demandes avant que la mesure d'éloignement ne soit mise à exécution.

206. Quant à l'argument du Gouvernement selon lequel les requérants auraient dû se prévaloir de la possibilité de saisir le juge pénal italien une fois arrivés en Libye, la Cour ne peut que constater que, même si une telle voie de recours est accessible en pratique, un recours pénal diligenté à l'encontre des militaires qui se trouvaient à bord des navires de l'armée ne remplit manifestement pas les exigences de l'article 13 de la Convention, dans la mesure où il ne satisfait pas au critère de l'effet suspensif consacré par l'arrêt *Čonka*, précité. La Cour rappelle que l'exigence, découlant de l'article 13, de faire surseoir à l'exécution de la mesure litigieuse ne peut être envisagée de manière accessoire (*M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité, § 388).

207. La Cour conclut qu'il y a eu violation de l'article 13 combiné avec les articles 3 de la Convention et 4 du Protocole n° 4. Il s'ensuit que l'on ne saurait reprocher aux requérants de ne pas avoir correctement épousé les voies de recours internes et que l'exception préliminaire du Gouvernement (paragraphe 62 ci-dessus) est rejetée.

VI. SUR LES ARTICLES 46 ET 41 DE LA CONVENTION

A. Sur l'article 46 de la Convention

208. Aux termes de cette disposition :

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

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

209. En vertu de l'article 46 de la Convention, les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs rendus par la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties, le Comité des Ministres étant chargé de surveiller l'exécution de ces arrêts. Il en découle notamment que, lorsque la Cour constate une violation, l'Etat défendeur a l'obligation juridique non seulement de verser aux intéressés les sommes allouées au titre

de la satisfaction équitable prévue par l'article 41, mais aussi d'adopter les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles nécessaires. Les arrêts de la Cour ayant une nature essentiellement déclaratoire, l'Etat défendeur demeure libre, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyens de s'acquitter de son obligation juridique au regard de l'article 46 de la Convention, pour autant que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour. Cependant, dans certaines situations particulières, il est arrivé que la Cour ait estimé utile d'indiquer à un Etat défendeur le type de mesures à prendre pour mettre un terme à la situation – souvent structurelle – qui avait donné lieu à un constat de violation (voir, par exemple, *Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, § 210, CEDH 2005-IV, et *Popov c. Russie*, n° 26853/04, § 263, 13 juillet 2006). Parfois même, la nature de la violation constatée ne laisse pas de choix quant aux mesures à prendre (*Assanidzé*, précité, § 198, *Alexanian c. Russie*, n° 46468/06, § 239, 22 décembre 2008, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse* (n° 2) [GC], n° 32772/02, §§ 85 et 88, CEDH 2009).

210. En l'espèce, la Cour juge nécessaire d'indiquer les mesures individuelles qui s'imposent dans le cadre de l'exécution du présent arrêt, sans préjudice des mesures générales requises pour prévenir d'autres violations similaires à l'avenir (*M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité, § 400).

211. La Cour a constaté, entre autres, que le transfert des requérants les a exposés au risque de subir des mauvais traitements en Libye et d'être rapatriés vers la Somalie et l'Erythrée de façon arbitraire. Eu égard aux circonstances de l'affaire, la Cour considère qu'il incombe au gouvernement italien d'entreprendre toutes les démarches possibles pour obtenir des autorités libyennes l'assurance que les requérants ne seront ni soumis à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention ni rapatriés arbitrairement.

B. Sur l'article 41 de la Convention

212. 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. »

213. Les requérants réclament 15 000 euros (EUR) chacun au titre du préjudice moral qu'ils auraient subi.

214. Le Gouvernement s'oppose à cette demande, en soulignant que la vie des requérants a été sauvée grâce à l'intervention des autorités italiennes.

215. La Cour estime que les requérants ont dû éprouver une détresse certaine, qui ne saurait être réparée par les seuls constats de violation. Eu

égard à la nature des violations constatées en l'espèce, elle juge équitable de faire droit à la demande des requérants et alloue à chacun d'eux 15 000 EUR à titre de réparation du dommage moral. Les représentants des requérants détiendront en fiducie les montants ainsi octroyés aux intéressés.

C. Frais et dépens

216. Les requérants sollicitent également 1 575,74 EUR pour les frais et dépens engagés devant la Cour.

217. Le Gouvernement s'oppose à cette demande.

218. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux. En l'espèce, et compte tenu des documents en sa possession et de sa jurisprudence, la Cour estime raisonnable la somme demandée pour la procédure devant la Cour et l'accorde aux requérants.

D. Intérêts moratoires

219. 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. *Décide*, par treize voix contre quatre, de rayer du rôle la requête en tant qu'elle concerne M. Mohamed Abukar Mohamed et M. Hasan Shariff Abbirahman ;
2. *Décide*, à l'unanimité, de ne pas rayer du rôle la requête en tant qu'elle concerne les autres requérants ;
3. *Dit*, à l'unanimité, que les requérants relevaient de la juridiction de l'Italie au sens de l'article 1 de la Convention ;
4. *Joint au fond*, à l'unanimité, les exceptions du Gouvernement tirées du non-épuisement des voies de recours internes et du défaut de qualité de victime des requérants ;
5. *Déclare*, à l'unanimité, recevables les griefs tirés de l'article 3 de la Convention ;
6. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention du fait que les requérants ont été exposés au risque de subir des mauvais traitements en Libye et *rejette* l'exception du Gouvernement tirée du défaut de qualité de victime des requérants ;

7. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention du fait que les requérants ont été exposés au risque d'être rapatriés en Somalie et en Erythrée ;
8. *Déclare*, à l'unanimité, recevable le grief tiré de l'article 4 du Protocole n° 4 ;
9. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 4 du Protocole n° 4 ;
10. *Déclare*, à l'unanimité, recevable le grief tiré de l'article 13 combiné avec les articles 3 de la Convention et 4 du Protocole n° 4 ;
11. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 13 combiné avec l'article 3 de la Convention et de l'article 13 combiné avec l'article 4 du Protocole n° 4 et *rejette* l'exception du Gouvernement tirée du non-épuisement des voies de recours internes ;
12. *Dit*, à l'unanimité,
 - a) que l'Etat défendeur doit verser aux requérants, dans les trois mois, les sommes suivantes :
 - i. 15 000 EUR (quinze mille euros) chacun, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral, lesquels montants seront détenus en fiducie pour les requérants par leurs représentants,
 - ii. la somme globale de 1 575,74 EUR (mille cinq cent soixante-quinze euros soixante-quatorze centimes), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par les requérants, 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.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique, au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 23 février 2012, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Michael O'Boyle
Greffier

Nicolas Bratza
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 du juge Pinto de Albuquerque.

N.B.
M.O'B.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE
PINTO DE ALBUQUERQUE

(Traduction)

L'affaire *Hirsi Jamaa* porte, d'une part, sur la protection internationale des réfugiés et, d'autre part, sur la compatibilité des politiques en matière d'immigration et de contrôle des frontières avec le droit international. La question fondamentale qui se pose en l'espèce est de savoir comment l'Europe doit reconnaître aux réfugiés «le droit d'avoir des droits», pour reprendre les termes de Hannah Arendt¹. La réponse à ces problèmes politiques extrêmement sensibles se trouve à l'intersection entre le droit international des droits de l'homme et le droit international des réfugiés. Bien que je souscrive à l'arrêt de la Grande Chambre, je souhaite analyser l'affaire dans le cadre d'une approche de principe complète et tenant compte du lien intrinsèque qui existe entre ces deux branches du droit international.

L'interdiction de refouler les réfugiés

L'interdiction de refouler les réfugiés est inscrite dans le droit international des réfugiés (article 33 de la Convention des Nations unies relative au statut des réfugiés (1951) et article 2 § 3 de la Convention de l'Organisation de l'unité africaine régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique (1969) («la Convention de l'OUA»)), ainsi que dans le droit universel des droits de l'homme (article 3 de la Convention des Nations unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1984) et article 16 § 1 de la Convention internationale des Nations unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (2006)) et dans le droit régional des droits de l'homme (article 22 § 8 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme

1. Hannah Arendt a décrit comme personne d'autre le mouvement massif de réfugiés survenu au XX^e siècle, constitué d'hommes et de femmes ordinaires qui fuyaient la persécution fondée sur des motifs religieux. «Avant, un réfugié était un individu contraint à chercher refuge parce qu'il avait commis un certain acte ou avait certaines opinions politiques. Certes, nous avons dû chercher refuge; mais nous n'avions rien fait et la plupart d'entre nous n'auraient pas même songé à avoir des opinions radicales. Avec nous, le sens du mot «réfugié» a changé. Aujourd'hui, les «réfugiés» sont ceux d'entre nous qui ont eu la malchance d'arriver dans un nouveau pays sans disposer de moyens et qui ont besoin de l'aide des comités pour les réfugiés.» (traduction non officielle) (Hannah Arendt, «We Refugees», in *The Menorah Journal*, 1943, repris in Marc Robinson (éd.), *Altogether Elsewhere: Writers on Exile*, Boston, Faber and Faber, 1994).

(1969), article 12 § 3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981), article 13 § 4 de la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture (1985) et article 19 § 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000)). Si la Convention européenne des droits de l'homme ne contient pas une interdiction explicite du refoulement, ce principe a toutefois été admis par la Cour comme allant au-delà de la garantie similaire prévue par le droit international des réfugiés. *En vertu de la Convention européenne, un réfugié ne peut être refoulé ni vers son pays d'origine ni vers un quelconque autre pays où il risque de subir un préjudice grave causé par une personne ou une entité, publique ou privée, identifiée ou non. L'acte de refouler peut consister en une expulsion, une extradition, une déportation, un éloignement, un transfert officieux, une «restitution», un rejet, un refus d'admission ou toute autre mesure ayant pour résultat d'obliger la personne concernée à rester dans son pays d'origine. Le risque de préjudice grave peut découler d'une agression extérieure, d'un conflit armé interne, d'une exécution extrajudiciaire, d'une disparition forcée, de la peine capitale, de la torture, d'un traitement inhumain ou dégradant, du travail forcé, de la traite des êtres humains, de la persécution, d'un procès basé sur une loi pénale rétroactive ou sur des preuves obtenues au moyen de la torture ou d'un traitement inhumain et dégradant, ou d'une « violation flagrante » de l'essence de tout droit garanti par la Convention dans l'Etat d'accueil (refoulement direct) ou de la remise ultérieure de l'intéressé par l'Etat d'accueil à un Etat tiers au sein duquel un tel risque existe (refoulement indirect)*¹.

1. L'élargissement de l'interdiction au refoulement indirect ou «en chaîne» a été reconnu par le droit européen des droits de l'homme (*T.I. c. Royaume-Uni* (déc.) n° 43844/98, CEDH 2000-III, *Müslim c. Turquie*, n° 53566/99, §§ 72-76, 26 avril 2005, et *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, § 286, CEDH 2011), par le droit universel des droits de l'homme (Comité des droits de l'homme de l'ONU, Observation générale n° 31. La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats parties au Pacte, 26 mai 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 12, Comité de l'ONU contre la torture, Observation générale n° 1. Observation générale sur l'application de l'article 3 dans le contexte de l'article 22 de la Convention contre la torture, 21 novembre 1997, A/53/44, annexe IX, § 2, et *Korban c. Suède*, communication n° 88/1997, 16 novembre 1998, UN doc. CAT/C/21/D/88/1997), et par le droit international des réfugiés (in UN doc. E/1618, E/AC.32/5: le comité spécial a estimé que le projet d'article visait non seulement le pays d'origine mais aussi les autres pays où la vie ou la liberté du réfugié serait menacée, et UN doc. A/CONF.2/SR.16 (Compte rendu analytique de la 16^e séance de la Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, 11 juillet 1951): le refoulement vise aussi le renvoi ultérieur forcé depuis le pays d'accueil vers un autre pays où la vie ou la liberté du réfugié serait menacée, selon une proposition de la Suède que le délégué de cet Etat a par la suite retirée «en soulignant toutefois comme le président l'a également demandé, que le fond de l'article doit être interprété comme couvrant au moins certaines des situations envisagées dans cette partie de l'amendement»), et HCR, Note sur le non-refoulement (EC/SCP/2), 1977, § 4.

En fait, l'obligation de non-refoulement peut être déclenchée par un manquement ou un risque de manquement à l'essence de n'importe quel droit garanti par la Convention européenne, tels le droit à la vie, le droit à l'intégrité physique ou son corollaire, l'interdiction de la torture et des mauvais traitements¹, ou par la « violation flagrante » du droit à un procès équitable², du droit à la liberté³, du droit à la vie privée⁴ ou de tout autre droit garanti par la Convention⁵.

Ce principe s'applique aussi au droit universel des droits de l'homme, à la lumière de la Convention contre la torture⁶, de la Convention relative aux droits de l'enfant⁷ et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁸. Dans

1. *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 88, série A n° 161, et *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, 30 octobre 1991, § 103, série A n° 215. Les mauvais traitements peuvent même avoir trait à des conditions de vie effroyables dans le pays d'accueil (*M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité, §§ 366-367).

2. *Soering*, précité, § 113, *Einhorn c. France* (déc.), n° 71555/01, § 32, CEDH 2001-XI, et *Al-Saadoon et Mufidhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, § 149, CEDH 2010.

3. *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, n° 8139/09, § 233, 17 janvier 2012.

4. *Bensaid c. Royaume-Uni*, n° 44599/98, § 46, CEDH 2001-I, *Boulif c. Suisse*, n° 54273/00, § 39, CEDH 2001-IX, et *Mawaka c. Pays-Bas*, n° 29031/04, § 58, 1^{er} juin 2010.

5. Voir la juste interprétation de la jurisprudence de la Cour qu'a livrée la Chambre des lords dans *Regina v. Special Adjudicator (Respondent) ex parte Ullah (FC) (Appellant) Do (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* [2004] UKHL 26, §§ 24 et 69. Pour la doctrine, voir Jane MacAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, 2007, pp. 171-172, et Goodwin-Gill et MacAdam, *The Refugee in International Law*, 3^e édition, Oxford, 2007, p. 315.

6. Suivant l'application faite par le Comité de l'ONU contre la torture dans *Balabou Mutombo c. Suisse*, communication n° 13/1993, 27 avril 1994, et dans *Tahir Hussain Khan c. Canada*, communication n° 15/1994, 18 novembre 1994; voir, aussi, les Conclusions et recommandations : *Canada*, CAT/C/CR/34/CAN, 7 juillet 2005, § 4.a), critiquant « [l]e fait que dans l'affaire *Suresh c. Ministre de la citoyenneté et de l'immigration*, la Cour suprême du Canada n'[ait] pas reconnu en droit interne le caractère absolu de la protection conférée par l'article 3 de la Convention, qui n'est susceptible d'aucune exception quelle qu'elle soit ».

7. Selon l'interprétation livrée par le Comité des droits de l'enfant de l'ONU dans son observation générale n° 6 (2005) sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, UN doc. CRC/GC/2005/6, 1^{er} septembre 2005, § 27 : « (...) les Etats sont en outre tenus de ne pas renvoyer un enfant dans un pays s'il y a des motifs sérieux de croire que cet enfant sera exposé à un risque réel de dommage irréparable, comme ceux, non limitativement, envisagés dans les articles 6 et 37 de la Convention, dans ledit pays ou dans tout autre pays vers lequel l'enfant est susceptible d'être transféré ultérieurement (...) »

8. Suivant l'application faite par le Comité des droits de l'homme de l'ONU dans *A.R.J. c. Australie*, communication n° 692/1996, 11 août 1997, § 6.9 (« Il peut y avoir violation du Pacte lorsqu'un Etat partie expulse une personne se trouvant sur son territoire et relevant de sa compétence dans des circonstances qui exposent cette personne à un risque réel que ses droits protégés par le Pacte soient violés dans un autre Etat »), position confirmée dans *Judge c. Canada*, communication n° 829/1998, 5 août 2003, §§ 10.4-10.6, concernant le risque d'être soumis à la peine capitale dans l'Etat d'accueil. En une autre occasion, le même organe a conclu que « dans certaines situations, un étranger peut bénéficier de la protection du Pacte même en ce qui concerne l'entrée ou le séjour : tel est le cas si des considérations relatives à la non-discrimination, à l'interdiction des traitements inhumains et au respect de la vie familiale entrent en jeu » (Comité des droits de l'homme de l'ONU, observation générale n° 15 (1986), § 5, position réitérée dans l'observation générale n° 19 (1990), § 5, concernant la vie familiale, et dans l'observation générale n° 20 (1992), § 9, concernant la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants).

le même esprit, l'Assemblée générale des Nations unies a déclaré que « [n]ul ne sera envoyé ou extradé de force à destination d'un pays lorsqu'il y aura des raisons valables de craindre qu'il soit victime d'une exécution extrajudiciaire, arbitraire ou sommaire dans ce pays»¹ et que « [a]ucun Etat n'expulse, ne refoule, ni n'extrade une personne vers un autre Etat s'il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être victime d'une disparition forcée dans cet autre Etat»².

Bien que la notion de réfugié contenue à l'article 33 de la Convention des Nations unies relative au statut des réfugiés soit moins étendue que celle relevant du droit international des droits de l'homme, le droit international des réfugiés a évolué en assimilant la norme de protection plus large des droits de l'homme, étendant ainsi la notion de réfugiés issue de la Convention (improprement appelés réfugiés de jure) à d'autres individus ayant besoin d'une protection internationale complémentaire (improprement appelés réfugiés de facto). Les meilleurs exemples de cette évolution sont fournis par l'article I § 2 de la Convention de l'OUA, l'article III § 3 de la Déclaration de Carthagène de 1984 sur les réfugiés, l'article 15 de la Directive 2004/83/EC du Conseil de l'Union européenne du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, ainsi que la Recommandation Rec (2001) 18 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative à la protection subsidiaire.

Quoi qu'il en soit, ni le droit international des réfugiés ni le droit international des droits de l'homme ne font de distinction entre le régime applicable aux réfugiés et le régime applicable aux personnes bénéficiant d'une protection complémentaire. La teneur de la protection internationale, notamment la garantie du non-refoulement, est strictement la même pour les deux catégories d'individus³. Il n'y a aucune raison légitime d'offrir aux « réfugiés de jure » une

1. Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions, résolution 1989/65 du Conseil économique et social, 24 mai 1989, § 5, confirmée par la résolution A/Res/44/162 de l'AGNU, 15 décembre 1989.

2. Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, résolution 47/133 de l'AGNU, 18 décembre 1992, article 8 § 1.

3. Voir, par exemple, l'article VIII § 2 de la Convention de l'OUA, les conclusions III §§ 3 et 8 de la Déclaration de Carthagène de 1984 sur les réfugiés, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.66, doc.10, rev. 1, pp. 190-193, et le paragraphe 5 de la Recommandation Rec(2001)18 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. L'approche différente adoptée par la Directive 2004/83/EC est fort problématique, pour les raisons exposées dans le texte ci-dessus.

meilleure protection qu'aux « réfugiés *de facto* », car tous ont en commun un même besoin de protection internationale. Toute différence de traitement entraînerait la création d'une seconde classe de réfugiés, soumise à un régime discriminatoire. La même conclusion vaut pour les situations d'afflux massif de réfugiés. Les groupes de réfugiés ne peuvent se voir appliquer un statut amoindri en raison d'une exception au « véritable » statut de réfugié qui serait « inhérente » à une situation d'afflux massif. Offrir une protection subsidiaire moindre (impliquant par exemple des droits moins étendus en matière d'accès au permis de séjour, à l'emploi, à la protection sociale et aux soins de santé) aux personnes arrivant dans le cadre d'un afflux massif constituerait une discrimination injustifiée.

Un individu ne devient pas un réfugié parce qu'il est reconnu comme tel, mais est reconnu comme tel parce qu'il est un réfugié¹. L'octroi du statut de réfugié étant purement déclaratoire, le principe de non-refoulement s'applique à ceux qui n'ont pas encore vu déclarer leur statut (les demandeurs d'asile), et même à ceux qui n'ont pas exprimé leur souhait d'être protégés. En conséquence, ni l'absence d'une demande explicite d'asile ni le fait qu'une demande d'asile ne soit pas étayée par des éléments suffisants ne peuvent exonérer l'Etat concerné de l'obligation de non-refoulement vis-à-vis de tout étranger ayant besoin d'une protection internationale. Aucune conclusion négative automatique ne peut être tirée de l'absence de demande d'asile ou d'éléments suffisants pour étayer une telle demande, dès lors que l'Etat a l'obligation d'enquêter d'office sur toute situation de besoin de protection internationale, en particulier lorsque, comme l'a souligné la Cour, les faits qui constituent le risque pour le requérant « étaient notoires [avant le transfert de celui-ci] et faciles à vérifier à partir d'un grand nombre de sources»².

Bien que l'obligation garantie par la Convention des Nations unies relative au statut des réfugiés comporte des exceptions touchant à la sécurité du pays et à la sûreté publique, aucune exception de ce type n'existe dans le droit européen des droits de l'homme³ ni dans le droit universel des droits de

1. Recommandation Rec (84) 1 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative à la protection des personnes remplissant les conditions de la Convention de Genève qui ne sont pas formellement reconnues comme réfugiés, et HCR, Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, 1979, réédité en 1992, § 28.

2. *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité, §§ 366.

3. *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, §§ 79-80, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V et, concernant une procédure en vue de l'expulsion d'un réfugié, *Ahmed c. Autriche*, 17 décembre 1996, §§40-41, *Recueil* 1996-VI.

l'homme¹: il n'y a pas de limites personnelles, temporelles ou spatiales à son application. Ainsi, cette obligation s'applique même dans les circonstances exceptionnelles, y compris lorsque l'état d'urgence a été déclaré.

La détermination du statut de réfugié constituant un instrument pour la protection des droits de l'homme essentiels, la nature de l'interdiction du refoulement dépend de la nature du droit fondamental ainsi protégé. *Lorsqu'il existe un risque de préjudice grave découlant d'une agression extérieure, d'un conflit armé interne, d'une exécution extrajudiciaire, d'une disparition forcée, de la peine capitale, de la torture, d'un traitement inhumain ou dégradant, du travail forcé, de la traite des êtres humains, de la persécution, d'un procès basé sur une loi pénale rétroactive ou sur des preuves obtenues au moyen de la torture ou d'un traitement inhumain et dégradant dans l'Etat d'accueil, l'obligation de non-refoulement constitue une obligation absolue pour tous les Etats.* Face à un risque de violation de n'importe quel droit garanti par la Convention européenne (autre que le droit à la vie et à l'intégrité physique et le principe de légalité en droit pénal) dans le pays d'accueil, l'Etat a la possibilité de déroger à son devoir d'offrir une protection internationale, en fonction de l'appréciation de la proportionnalité des valeurs concurrentes en jeu. Il existe toutefois une exception à ce test de proportionnalité: *lorsque le risque de violation de n'importe quel droit garanti par la Convention européenne (autre que le droit à la vie et à l'intégrité physique et le principe de légalité en droit pénal) dans le pays d'accueil est «flagrant» et que l'essence même de ce droit se trouve en jeu, alors l'Etat est inévitablement lié par l'obligation de non-refoulement.*

Dotée de ce contenu et de ce prolongement, l'interdiction du refoulement constitue un principe de droit international coutumier qui lie tous les Etats, y compris ceux qui ne sont pas parties à la Convention des Nations unies relative au statut des réfugiés ou à aucun autre traité de protection des réfugiés. C'est de plus une règle de jus cogens : elle ne souffre aucune dérogation et est impérative, puisqu'elle ne peut faire l'objet d'aucune réserve (article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, article 42 § 1 de la Convention des Nations unies relative au statut des réfugiés et article VII § 1 du Protocole relatif au statut des réfugiés de 1967).

1. Comité de l'ONU contre la torture, Tapia Paez c. Suède, communication n° 39/1996, 28 avril 1997, CAT/C/18/D/39/1996, § 14.5, et M.B.B. c. Suède, communication n° 104/1998, 5 mai 1999, CAT/C/22/D/104/1998 (1999), § 6.4; Comité des droits de l'homme de l'ONU, observation générale 20. Remplacement de l'observation générale 7 concernant l'interdiction de la torture et des traitements cruels (article 7), 10 mars 1992, §§ 3 et 9, et observation générale 29 concernant les situations d'urgence (article 4), UN doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, § 11, Examen des rapports: observations finales sur le Canada, UN doc. CCPR/C/79/Add.105, 7 avril 1999, § 13, et observations finales sur le Canada, UN doc. CCPR/C/CAN/CO/5, 20 avril 2006, § 15.

Telle est aujourd’hui la position qui prévaut également en droit international des réfugiés¹.

Ainsi, les exceptions prévues à l’article 33 § 2 de la Convention des Nations unies relative au statut des réfugiés ne sauraient être invoquées à l’égard des droits de l’homme essentiels qui ne souffrent aucune dérogation (le droit à la vie et à l’intégrité physique et le principe de légalité en droit pénal). De plus, un individu qui relève de l’article 33 § 2 de ladite convention n’en bénéficiera pas moins de la protection offerte par des dispositions de droit international des droits de l’homme plus généreuses, comme la Convention européenne des droits de l’homme. Les exceptions en question peuvent uniquement être appliquées par les Etats parties à la Convention des Nations unies relative au statut des réfugiés qui n’ont pas ratifié de traité plus généreux aux droits de l’homme essentiels auxquels on peut déroger. Encore faut-il, dans ce cas, que les exceptions soient interprétées de manière restrictive et appliquées seulement si les circonstances particulières de l’affaire et les caractéristiques propres à l’intéressé montrent que celui-ci présente un danger pour la communauté ou la sécurité du pays².

L’interdiction du refoulement ne se limite pas au territoire d’un Etat, mais s’étend aux actions extraterritoriales de celui-ci, notamment aux opérations menées en haute mer. Cela vaut en vertu du droit international

1. Déclaration des Etats parties à la Convention de 1951 et/ou à son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, UN doc. HCR/MMSP/2001/9, 16 janvier 2002, § 4, qui prenait acte «de la pertinence et de la capacité d’adaptation constantes de ce corps international de droits et de principes, y compris à sa base, le principe de non-refoulement dont l’applicabilité est consacrée dans le droit coutumier international», et voir, HCR, «*The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law. Response to the Questions posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93*», et, encore plus catégorique, la 5^e conclusion de la Déclaration de Carthagène sur les réfugiés (1984), OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.66, doc.10, rev. 1, pp. 190-193, selon laquelle «[c]e principe impératif à l’égard des réfugiés doit être reconnu et respecté, dans l’état actuel du droit international, en tant que principe de *jus cogens*», position réitérée par la Déclaration de Mexico de 2004 et le plan d’action visant à renforcer la protection internationale des réfugiés en Amérique latine. Pour la doctrine, voir Lauterpacht et Bethlehem, «*The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*», in *Refugee Protection in International Law, UNHCR’s Global Consultation on International Protection*, Cambridge, 2003, pp. 87 et 149, Goodwin-Gill et McAdam, précité, p. 248, Caroline Lantero, *Le Droit des réfugiés, entre droits de l’homme et gestion de l’immigration*, Bruxelles, 2011, p. 78, et Kälin/Caroni/Heim, Article 33, § 1, notes marginales 26-34, in Andreas Zimmermann (éd.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, A Commentary*, Oxford, 2011, pp. 1343-1346.

2. Recommandation Rec (2005) 6 du Comité des Ministres du Conseil de l’Europe relative à l’exclusion du statut de réfugié dans le contexte de l’article 1 F de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. A titre d’exemple, les présomptions de dangerosité déterminantes (ou irréfragables) tirées de la nature du crime commis par une personne ou de la gravité de la peine qui lui a été infligée sont arbitraires.

des réfugiés, tel qu'interprété par la Commission interaméricaine des droits de l'homme¹, le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR)², l'Assemblée générale des Nations unies³ et la Chambre des lords⁴, et en vertu du droit universel des droits de l'homme, tel qu'appliqué par le Comité des Nations unies contre la torture⁵ et le Comité des droits de l'homme des Nations unies⁶.

1. *The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States*, affaire n° 10.675, rapport n° 51/96, OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev., 13 mars 1997, § 157, où il est dit qu'il n'y a «aucune limitation géographique» aux obligations de non-refoulement découlant de l'article 33 de la Convention des Nations unies relative au statut des réfugiés; au paragraphe 163, la Commission interaméricaine a également conclu que les opérations de renvoi menées par les Etats-Unis avaient violé l'article XXVII de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme.

2. «Avis consultatif sur l'application extraterritoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son Protocole de 1967», 26 janvier 2007, § 24, et «Background Note on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees Rescued at Sea», 18 mars 2002, § 18, «UN High Commissioner for Refugees responds to US Supreme Court Decision in Sale v. Haitian Centers Council», in *International Legal Materials* 32, 1993, p. 1215, et «The Haitian Interdiction Case 1993 Brief Amicus Curiae», in *International Journal of Refugee Law*, 6, 1994, pp. 85-102.

3. Déclaration sur l'asile territorial, adoptée le 14 décembre 1967, Résolution AGNU 2312 (XXII), A/RES/2312(XXII), aux termes de laquelle «[A]ucune personne visée au paragraphe 1 de l'article premier ne sera soumise à des mesures telles que le refus d'admission à la frontière ou, si elle est déjà entrée dans le territoire où elle cherchait asile, l'expulsion ou le refoulement vers tout Etat où elle risque d'être victime de persécutions».

4. *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another (Respondents) ex parte European Roma Rights Centre and others (Appellants)* [2004] UKHL 55, 9 décembre 2004, § 26: «Il semble que soit généralement admis le principe selon lequel une personne qui quitte l'Etat de sa nationalité et demande l'asile auprès des autorités d'un autre Etat – que ce soit à la frontière ou au sein du second Etat – ne doit pas être rejetée ou renvoyée vers le premier Etat sans qu'il y ait une enquête appropriée au sujet des persécutions dont elle allègue avoir une crainte fondée». Au paragraphe 21, Lord Bingham of Cornhill a clairement indiqué son adhésion à la décision de la Commission interaméricaine dans l'affaire *Haiti* («La situation de la partie demanderesse se distingue largement de celle des Haïtiens, dont les difficultés ont été examinées dans l'affaire *Sale*, précitée, et dont le traitement par les autorités des Etats-Unis a été considéré à juste titre par la Commission interaméricaine des droits de l'homme (Rapport n° 51/96, 13 mars 1997, § 171) comme ayant emporté violation de leur droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne ainsi que du droit d'asile protégé par l'article XXVII de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, que la Commission a estimé avoir été violé par les Etats-Unis au paragraphe 163» – italique ajouté).

5. Conclusions et recommandations du CAT concernant le deuxième rapport périodique des Etats-Unis, CAT/C/USA/CO/2, 2006, §§ 15 et 20, déclarant que l'Etat doit veiller à ce que l'obligation de non-refoulement «bénéficie[e] pleinement à toutes les personnes placées sous [son] contrôle effectif, (...) où qu'elles se trouvent dans le monde»; J.H.A. c. Espagne, CAT/C/41/D/323/2007 (2008), affaire dans laquelle il a été estimé que la responsabilité de l'Espagne était engagée, eu égard aux obligations de non-refoulement, lorsque ce pays interceptait des migrants arrivés par la mer et menait des procédures extraterritoriales de détermination du statut de réfugié.

6. Observation générale n° 31 [80]. La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats parties au Pacte, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004, § 12, soulignant que les Etats doivent garantir le non-refoulement «à toutes les personnes se trouvant sur leur territoire et à toutes les personnes soumises à leur contrôle»), observations finales du Comité des droits de l'homme: Etats-Unis, CCPR/C/79/Add.50, 1995, § 284, Kindler c. Canada, communication n° 470/1991, 30 juillet 1993, § 6.2, et A.R.J. c. Australie, communication n° 692/1996, 11 août 1997, § 6.8.

Des spécialistes renommés du droit international ont adopté cette approche¹. Le fait que certaines juridictions suprêmes, telles la Cour suprême des Etats-Unis² et la Cour suprême d'Australie³, soient parvenues à des conclusions différentes n'est guère décisif.

Il est vrai que la déclaration du délégué suisse lors de la conférence des plénipotentiaires, selon laquelle l'interdiction du refoulement ne s'appliquait pas aux réfugiés arrivant à la frontière, fut approuvée par d'autres délégués, notamment le délégué néerlandais, lequel releva que la conférence était en accord avec cette interprétation⁴. Il est vrai également que l'article 33 § 2 de la Convention des Nations unies relative au statut des réfugiés exclut de l'interdiction du refoulement le réfugié qui constitue un danger pour la sécurité du pays « où il se trouve », et que les réfugiés en haute mer ne se trouvent dans aucun pays. L'on pourrait être tenté d'interpréter l'article 33 § 1 comme contenant une restriction territoriale similaire. Si l'interdiction du refoulement s'appliquait en haute mer, cela aurait pour effet de créer un régime spécial pour les étrangers dangereux en haute mer, lesquels bénéficieraient de l'interdiction contrairement aux étrangers dangereux résidant dans le pays.

1. Voir, notamment, Guy Goodwin-Gill, « *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement* », conférence inaugurale au Palais des académies, Bruxelles, 16 février 2011, p. 2, et Goodwin-Gill et McAdam, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007, p. 248, Bank, « *Introduction to Article 11* », notes marginales 57-82, in Andreas Zimmermann (éd.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford, 2011, pp. 832-841, et, dans le même ouvrage, Kälin/Caroni/Heim sur l'article 33, notes marginales 86-91, pp. 1361-1363, Frelick, « *Abundantly clear* » : *Refoulement* », in *Georgetown Immigration Law Journal*, 19, 2005, pp. 252 et 253, Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005, p. 339, Lauterpacht et Bethlehem, précité, p. 113, Pallis, « *Obligations of States towards Asylum-Seekers at Sea: Interactions and Conflicts between Legal Regimes* », in *International Journal of Refugee Law*, 14, 2002, pp. 346-347, Meron, « *Extraterritoriality of Human Rights Treaties* », in *American Journal of International Law*, 89, 1995, p. 82, Koh, « *The «Haiti Paradigm» in United States Human Rights Policy* », in *The Yale Law Journal*, vol. 103, 1994, p. 2415, et Helton, « *The United States Government Program of Intercepting and Forcibly Returning Haitian Boat People to Haiti: Policy Implications and Prospects* », in *New York Law School Journal of Human Rights*, vol. 10, 1993, p. 339.

2. *Sale v. Haitian Centers Council*, 509/US 155, 1993, qui comporte une solide opinion dissidente du juge Blackmun.

3. *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Haji Ibrahim*, [2000] HCA 55, 26 Octobre 2000, S157/1999, § 136, et *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Khawar*, [2002] HCA 14, 11 avril 2002, S128/2001, § 42.

4. Pour le même argument, voir Robinson, *Convention Relating to the Status of Refugees: Its History, Contents and Interpretation – A Commentary*, New York, 1953, p. 163, et Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention 1951 – Articles 2-11, 13-37*, Genève, 1997, p. 135.

A mes yeux, avec tout le respect que je dois à la Cour suprême des Etats-Unis, l’interprétation de celle-ci contredit le sens littéral et ordinaire des termes de l’article 33 de la Convention des Nations unies relative au statut des réfugiés et s’écarte des règles communes concernant l’interprétation d’un traité. Selon l’article 31 § 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, une disposition d’un traité doit être interprétée suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. Lorsque le sens d’un traité ressort clairement de son texte lu à la lumière de sa lettre, de son but et de son objet, les sources complémentaires telles que les travaux préparatoires sont inutiles¹. La source complémentaire historique est d’autant moins nécessaire qu’elle manque elle-même de clarté, comme en l’occurrence : le comité spécial chargé de la rédaction de la Convention a défendu l’idée que l’obligation de non-refoulement s’étendait aux réfugiés non encore arrivés sur le territoire² ; le représentant des Etats-Unis a déclaré au cours de l’élaboration de l’article 33 qu’il importait peu que le réfugié ait franchi ou non la frontière³ ; le représentant néerlandais a formulé sa réserve uniquement au sujet des «grands groupes de réfugiés cherchant à accéder au territoire», et le président de la conférence des plénipotentiaires a simplement «décidé qu’il conv[enait] de prendre acte de l’interprétation livrée par le délégué des Pays-Bas» suivant laquelle l’hypothèse de migrations massives à travers les frontières échappait à l’article 33⁴.

Contrairement à l’applicabilité d’autres dispositions de la Convention des Nations unies relative au statut des réfugiés, celle de l’article 33 § 1 ne dépend pas de la présence d’un réfugié sur le territoire d’un Etat. La seule restriction géographique prévue à l’article 33 § 1 a trait au pays vers lequel un réfugié peut être envoyé, et non à l’endroit d’où il est envoyé. De plus, le terme français de «refoulement» englobe l’éloignement, le transfert, le rejet ou la non-admission d’une personne⁵. L’utilisation délibérée du terme

1. CPJI, Interprétation de l’article 3, paragraphe 2 du Traité de Lausanne (frontière entre la Turquie et l’Irak), Avis consultatif n° 12, 21 novembre 1925, p. 22, et Affaire du Lotus, 7 septembre 1927, p. 16, et CIJ, Compétence de l’Assemblée générale pour l’admission d’un Etat aux Nations unies, Avis consultatif du 3 mars 1950 – Rôle général n° 9, p. 8.

2. UN doc. E/AC.32/SR.21, §§ 13-26.

3. UN doc. E/AC.32/SR.20, §§ 54-56.

4. UN doc. A/CONF.2/SR.35.

5. Allard et Teitgen-Colly, *Traité du droit de l’asile*, Paris, 2002, p. 229 : «L’expression française de «refoulement» vise à la fois l’éloignement du territoire et la non-admission à l’entrée.»

français dans la version anglaise n'a pas d'autre signification possible que celle de souligner l'équivalence linguistique entre le verbe *return* et le verbe *refouler*. En outre, le préambule de la Convention énonce que celle-ci vise à «assurer [aux réfugiés] l'exercice le plus large possible des droits de l'homme et des libertés fondamentales», objectif qui se reflète dans le texte même de l'article 33, à travers l'expression claire «de quelque manière que ce soit», qui englobe tout type d'action de l'Etat visant à expulser, extrader ou éloigner un étranger qui a besoin d'une protection internationale. Enfin, on ne saurait tirer de la référence territoriale contenue à l'article 33 § 2 («pays où il se trouve») aucun argument militant pour le rejet de l'application extraterritoriale de l'article 33 § 1, car le paragraphe 2 de l'article 33 prévoit simplement une exception à la règle formulée au paragraphe 1. Le champ d'application d'une règle profitant aux réfugiés ne saurait être limité par une référence territoriale figurant dans l'exception à la règle. Un tel «débordement» de l'exception défavorable sur la règle favorable serait inacceptable.

L'article 31 § 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités énonce qu'une disposition d'un traité doit être interprétée de bonne foi. Il est admis que la bonne foi n'est pas en soi une source d'obligation quand il n'en existerait pas autrement¹; elle fournit cependant un outil précieux pour définir la portée des obligations existantes, en particulier face aux actions et omissions d'un Etat qui ont pour effet de contourner des obligations conventionnelles². Un Etat manque de bonne foi dans l'application d'un traité non seulement lorsqu'il enfreint, par action ou par omission, les obligations découlant du traité, mais aussi lorsqu'il fait échec aux obligations acceptées par lui en entravant le fonctionnement normal d'une garantie découlant d'un traité. Faire obstacle par la force au mécanisme qui déclenche l'application d'une obligation conventionnelle revient à faire entrave au traité lui-même, ce qui est contraire au principe de bonne foi (critère de l'obstruction). Un Etat manque également de bonne foi lorsqu'il adopte à l'extérieur de son territoire une conduite qui à l'intérieur serait inacceptable compte tenu de ses obligations conventionnelles (critère du «double standard»). Une

1. CIJ, Affaire relative à des actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), arrêt du 20 décembre 1988, § 94.

2. Voir, par exemple, le raisonnement tenu par le Comité des droits de l'homme dans Judge c. Canada, communication n° 829/1998, 5 août 2003, § 10.4.

politique de «double standard» fondée sur l'endroit où elle est appliquée porte atteinte à l'obligation conventionnelle à laquelle est tenu l'Etat en question. L'application de ces deux critères amène à conclure au caractère inacceptable des opérations de renvoi effectuées en haute mer sans aucune évaluation des besoins individuels de protection internationale¹.

Un dernier obstacle à l'interdiction du refoulement a trait au territoire d'origine du demandeur d'asile. La Convention des Nations unies relative au statut des réfugiés exige que l'intéressé se trouve en dehors de son pays d'origine, ce qui paraît incompatible avec l'asile diplomatique, du moins si l'on interprète cette notion conformément au raisonnement prudent tenu par la Cour internationale de justice dans l'Affaire du droit d'asile². *Le droit de demander l'asile exige cependant l'existence du droit complémentaire de quitter son pays en vue de demander l'asile. C'est pourquoi les Etats ne peuvent restreindre le droit de quitter un pays et de rechercher hors de celui-ci une protection effective³. Bien qu'aucun Etat n'ait l'obligation d'accorder l'asile diplomatique, le besoin de protection internationale est encore plus impérieux dans le cas d'un demandeur d'asile qui se trouve toujours dans le pays où sa vie, son intégrité physique et sa liberté sont menacées. La proximité des sources de risque rend d'autant plus nécessaire la protection des personnes qui sont en danger dans leur propre pays. Sinon le droit international des réfugiés, du moins*

1. Cette conclusion est en fait conforme à la politique américaine antérieure au décret présidentiel de 1992, puisque les Etats-Unis estimaient alors l'interdiction du refoulement applicable aux opérations menées en haute mer (Legomsky, «The USA and the Caribbean Interdiction Program», in *International Journal of Refugee Law*, 18, 2006, p. 679). Cette conclusion correspond aussi à la politique américaine actuelle, car les Etats-Unis non seulement ont abandonné la politique de renvoi sommaire vers Haïti des migrants arrivés par la mer sans évaluation individuelle de la situation des demandeurs d'asile, mais de plus ont eux-mêmes critiqué cette politique dans le rapport «*Trafficking in Persons Report 2010*» du département d'Etat, évoquant de manière négative les pratiques italiennes de renvoi en Méditerranée (extrait: «De plus, le gouvernement italien a mis en œuvre un accord conclu avec le gouvernement libyen pendant la période examinée, accord permettant aux autorités italiennes d'intercepter, de renvoyer de force et de rediriger vers la Libye les migrants arrivés par bateau. Selon Amnesty International et Human Rights Watch, le gouvernement n'a pas même procédé à un tri sommaire de ces migrants pour vérifier s'il n'y avait pas des indices de trafic» (traduction non officielle)).

2. Affaire du droit d'asile (Colombie c. Pérou), arrêt du 20 novembre 1950 (rôle général n° 7, 1949-1950): «Une telle dérogation à la souveraineté territoriale ne saurait être admise, à moins que le fondement juridique n'en soit établi dans chaque cas particulier».

3. Article 17 du Traité sur le droit pénal international de 1889 (Traité de Montevideo), article 2 de la Convention de La Havane de 1928 qui définit les règles à respecter dans l'octroi de l'asile, articles V et XII de la Convention de Caracas sur l'asile diplomatique de 1954, et, pour une étude globale, «*Question of Diplomatic Asylum: Report of the Secretary-General*», 22 septembre 1975, UN doc. A/10139 (Part II), et Denza, «*Diplomatic Asylum*», in Andreas Zimmermann (éd.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford, 2011, pp. 1425-1440.

le droit international des droits de l'homme impose aux Etats une obligation de protection dans ces circonstances, et le manquement à prendre des mesures positives et adéquates de protection constitue à cet égard une violation. Les Etats ne peuvent feindre d'ignorer les besoins évidents de protection. Si par exemple une personne qui risque d'être torturée dans son pays demande l'asile auprès d'une ambassade d'un Etat lié par la Convention européenne des droits de l'homme, un visa d'entrée sur le territoire de cet Etat doit lui être accordé, de manière à permettre le lancement d'une véritable procédure d'asile dans l'Etat d'accueil. Il ne s'agira pas là d'une réponse purement humanitaire découlant de la bonne volonté et du pouvoir discrétionnaire de l'Etat. Une obligation positive de protection naîtra alors de l'article 3. En d'autres termes, la politique d'un pays en matière de visas est subordonnée aux obligations qui lui incombent en vertu du droit international des droits de l'homme. D'importantes déclarations en ce sens ont été faites par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe¹, le Comité européen pour la prévention de la torture² et le HCR³.

Cette conclusion est aussi corroborée par l'histoire de l'Europe. En fait, ce continent a connu pendant la Seconde Guerre mondiale divers épisodes marquants liés aux visas de protection. Les efforts déployés par le diplomate

1. Recommandation 1236 (1994) de l'Assemblée parlementaire relative au droit d'asile, qui «insist[e] pour que les procédures d'octroi de l'asile et les politiques d'attribution des visas, en particulier celles qui ont été récemment modifiées par des lois nationales ou en vertu des traités de l'Union européenne, continuent à s'inspirer de la Convention de Genève de 1951 et de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales – en gardant à l'esprit que cette dernière contient implicitement des obligations à l'égard des personnes qui ne sont pas nécessairement des réfugiés au sens de la Convention de Genève de 1951 – et ne permettent aucune violation, notamment du principe généralement admis du non-refoulement et de l'interdiction du refoulement des demandeurs d'asile à la frontière».

2. Rapport au gouvernement italien sur la visite effectuée en Italie par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 27 au 31 juillet 2009, § 29: «L'interdiction du refoulement s'étend à toutes les personnes qui peuvent se trouver sur le territoire d'un Etat ou, pour une autre raison, relever de sa juridiction. La Cour européenne des droits de l'homme a admis qu'un certain nombre de situations spécifiques peuvent donner lieu à l'application extraterritoriale des obligations découlant de la CEDH et engager à cet égard la responsabilité d'un Etat. La juridiction extraterritoriale d'un Etat peut reposer notamment sur a) les activités conduites à l'étranger par des agents diplomatiques ou consulaires de l'Etat (...)» (traduction non officielle).

3. Le HCR a admis l'applicabilité de l'obligation de non-refoulement sur le territoire d'un autre Etat dans son Avis consultatif sur l'application extraterritoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son Protocole de 1967, 26 janvier 2007, § 24 («[L]e HCR estime que le but, l'intention et le sens de l'article 33 § 1 de la Convention de 1951 sont sans ambiguïté et établissent une obligation de ne pas renvoyer un réfugié ou un demandeur d'asile vers un pays où il ou elle risquerait une persécution ou tout autre préjudice sérieux, qui s'applique partout où l'Etat exerce son autorité, y compris à la frontière, en haute mer ou sur le territoire d'un autre Etat»).

suédois Wallenberg et d'autres personnes à Budapest, ainsi que ceux du diplomate portugais Sousa Mendes à Bordeaux et à Bayonne, sont des exemples connus. Ils ont été évoqués récemment comme offrant un précédent à l'instauration d'une procédure formelle d'entrée protégée par le biais des missions diplomatiques des Etats membres de l'Union européenne¹. Gardons en mémoire ce dernier épisode : après l'invasion de la France par l'Allemagne nazie et la reddition de la Belgique, des milliers de personnes s'enfuirent vers le sud de la France, notamment Bordeaux et Bayonne. Touché par le désespoir de ces personnes, le consul portugais de Bordeaux, Aristides de Sousa Mendes, se retrouva confronté à un douloureux dilemme : devait-il se conformer aux claires instructions d'une circulaire du gouvernement portugais de 1939 ordonnant de refuser tout visa aux apatrides, aux « porteurs de passeports Nansen », aux « Russes », aux « Juifs expulsés du pays de leur nationalité ou de leur résidence » et à tous ceux « qui [n'étaient] pas en situation de retourner librement dans leur pays d'origine », ou bien devait-il suivre ce que lui dictaient sa conscience et le droit international en désobéissant aux ordres du gouvernement et en octroyant des visas ? Il décida de suivre sa conscience et le droit international, et accorda des visas à plus de 30 000 personnes persécutées en raison de leur nationalité, de leurs croyances religieuses ou de leur affiliation politique. Pour cet acte de désobéissance, le consul paya le prix fort : après avoir été exclu de la carrière diplomatique, il mourut seul et dans la misère, et toute sa famille fut contrainte de quitter le Portugal².

1. *Study on the Feasibility of Processing Asylum Claims Outside the EU Against the Background of the Common European Asylum System and the Goal of a Common Asylum Procedure*, étude réalisée par le Centre danois pour les droits de l'homme pour le compte de la Commission européenne, 2002, p. 24, communication (2004) 410 final de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la gestion de l'entrée gérée dans l'Union européenne de personnes ayant besoin d'une protection internationale et sur le renforcement des capacités de protection des régions d'origine « améliorer l'accès à des solutions durables »; *Comments of the European Council on Refugees and Exiles on the Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the Managed Entry in the EU of Persons in Need of International Protection and the Enhancement of the Protection Capacity of the Regions of Origin: Improving Access to Durable Solutions*, CO2/09/2004/ext/PC, et *UNHCR Observations on the European Commission Communication « On the Managed Entry in the EU of Persons in Need of International Protection and Enhancement of the Protection Capacity of the Regions of Origin: Improving Access to Durable Solutions »*, 30 août 2004.

2. Voir, notamment, l'article consacré à Aristides de Sousa Mendes, in *Encyclopedia of the Holocaust*, Macmillan, New York, 1990, Wheeler, « *And Who Is My Neighbour? A World War II Hero of Conscience for Portugal* », in *Luso-Brazilian Review*, vol. 26, 1989, pp. 119-139, Fralon, *Aristides de Sousa Mendes – Le Juste de Bordeaux*, éd. Mollat, Bordeaux, 1998, et Afonso, « Le « Wallenberg portugais » : Aristides de Sousa Mendes », in *Revue d'histoire de la Shoah*, Le monde juif, n° 165, 1999, pp. 6-28.

Si cet épisode se déroulait de nos jours, les actes du diplomate portugais seraient totalement conformes à la norme de protection issue de la Convention européenne des droits de l'homme. En fait, la conduite du diplomate constituerait la seule réaction acceptable face à des personnes qui ont besoin d'une protection internationale.

L'interdiction des expulsions collectives

L'obligation de non-refoulement a deux conséquences procédurales: le devoir d'informer un étranger de son droit d'obtenir une protection internationale, et le devoir d'offrir une procédure individuelle, équitable et effective permettant de déterminer et d'apprécier la qualité de réfugié. L'accomplissement de l'obligation de non-refoulement exige une évaluation du risque personnel de préjudice, qui ne peut être effectuée que si tout étranger a accès à une procédure équitable et effective par laquelle son affaire est examinée de manière individuelle. Les deux aspects sont tellement interconnectés que l'on peut les considérer comme les deux faces d'une même médaille. L'expulsion collective d'étrangers est donc inacceptable.

L'interdiction de l'expulsion collective d'étrangers est prévue par l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 19 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'article 12 § 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, l'article 22 § 9 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, l'article 26 § 2 de la Charte arabe des droits de l'homme, l'article 25 § 4 de la Convention des droits de l'homme et des libertés fondamentales de la Communauté d'Etats indépendants, et l'article 22 § 1 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs familles.

Pour que la procédure de détermination du statut de réfugié soit individuelle, équitable et effective, elle doit nécessairement présenter les caractéristiques suivantes: 1) un délai raisonnable pour soumettre la demande d'asile; 2) un entretien individuel avec le demandeur d'asile avant que la décision sur la demande ne soit prise; 3) la possibilité de produire des éléments de preuve à l'appui de la demande et de contester les éléments de preuve

contraires ; 4) une décision écrite pleinement motivée émanant d'un organe indépendant de première instance, fondée sur la situation personnelle du demandeur d'asile et pas seulement sur une appréciation générale de la situation dans son pays d'origine, le demandeur d'asile ayant le droit de contester la présomption de sécurité d'un pays par rapport à sa situation personnelle; 5) un délai raisonnable pour faire appel de la décision de première instance; 6) un contrôle juridictionnel intégral et rapide des motifs de fait et de droit de la décision de première instance; et 7) une assistance et une représentation juridiques gratuites et, si nécessaire, une assistance linguistique gratuite en première et en seconde instance, ainsi qu'un accès illimité au HCR ou à toute autre organisation travaillant pour le compte du HCR¹.

Ces garanties procédurales s'appliquent à tous les demandeurs d'asile quelle que soit leur situation juridique et factuelle, comme le reconnaît le droit

1. Voir, pour les normes du droit international des réfugiés et des droits de l'homme, *Andric c. Suède* (déc.), n° 45917/99, 23 février 1999, *Ćonka c. Belgique*, n° 51564/99, §§ 81-83, CEDH 2002-I, *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France*, n° 25389/05, §§ 66-67, CEDH 2007-II, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité, §§ 301-302 et 388-389, et *I.M. c. France*, n° 9152/09, § 154, 2 février 2012; Rapport au gouvernement italien sur la visite effectuée en Italie par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 27 au 31 juillet 2009, § 27; Recommandation Rec(2003)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les mesures de détention des demandeurs d'asile, Recommandation Rec (98) 13 sur le droit de recours effectif des demandeurs d'asile déboutés à l'encontre des décisions d'expulsions dans le contexte de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, Recommandation Rec (81) 16 sur l'harmonisation des procédures nationales en matière d'asile, Recommandation 1327 (1997) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la protection et au renforcement des droits de l'homme des réfugiés et des demandeurs d'asile en Europe; Lignes directrices sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des procédures d'asile accélérées, adoptées par le Comité des Ministres le 1^{er} juillet 2009; «Améliorer les procédures d'asile: analyse comparée et recommandations en droit et en pratique, conclusions et recommandations clés», projet de recherche du UNHCR sur l'application dans certains Etats membres sélectionnés des dispositions principales de la directive relative aux procédures d'asile, mars 2010, et Commentaires provisoires du UNHCR sur la proposition de directive du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres (Document du Conseil 14203/04, Asile 64, 9 novembre 2004), 10 février 2005; Conseil européen sur les réfugiés et les exilés, Note d'information sur la Directive 2005/85/EC du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, IN1/10/2006/EXT/JJ; Commission du droit international, soixante-deuxième session, 3 mai-4 juin et 5 juillet-6 août 2010, Sixième rapport sur l'expulsion des étrangers présenté par Maurice Kamto, rapporteur spécial, additif A/CN.4/625/Add.1, et Rapport de la Commission du droit international, soixante-deuxième session, 3 mai-4 juin et 5 juillet-6 août 2010, Assemblée générale, documents officiels, soixante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/65/10), chap. V, §§ 135-183; Chambre des lords, Commission de l'Union européenne, «Handling EU asylum claims: new approaches examined», HL Paper 74, 11^e rapport de session 2003-2004, et «Minimum Standards in Asylum Procedures», HL Paper 59, 11^e rapport de session 2000-2001.

international des réfugiés¹, le droit universel des droits de l'homme² et le droit régional des droits de l'homme³.

Cette conclusion n'est en rien infirmée par la décision de la Cour selon laquelle l'article 6 de la Convention n'est pas applicable aux procédures d'expulsion ou d'asile⁴, ni par le fait que certaines garanties procédurales à l'égard des étrangers expulsés peuvent se trouver dans l'article 1 du Protocole n° 7.

1. Comité exécutif du HCR, Conclusion sur la sauvegarde de l'asile n° 82 (XLVIII) 1997, § d(iii) et Conclusion n° 85 (XLIX) du Comité exécutif (1998), § q); UNHCR, « Guide des procédures et des critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés », HCR/1P/4/Rev.1, 1992, §§ 189-223, et Association du droit international, Résolution 6/2002 sur les procédures concernant les réfugiés (Déclaration relative à des normes internationales minimales pour les procédures concernant les réfugiés), 2002, §§ 1, 5 et 8.

2. Arrêt de la Cour internationale de justice du 30 novembre 2010 en l'affaire Ahmadou Sadio Diallo, in A/CN.4/625, § 83, à la lumière de l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de l'article 12 § 4 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ; Comité des Nations unies contre la torture, SH c. Norvège, communication n° 121/1998, 19 avril 2000, CAT/C/23/D/121/1998 (2000), § 7.4, et Falcon Rios c. Canada, communication n° 133/1999, 17 décembre 2004, CAT/C/33/D/133/1999, § 7.3, Conclusions et recommandations du Comité contre la torture: France, CAT/C/FRA/CO/3, 3 avril 2006, § 6, Conclusions et recommandations du Comité contre la torture: Canada, CAT/C/CR/34/CAN, 7 juillet 2005, § 4 c) et d), Examen des rapports soumis par les Etats parties en application de l'article 19 de la Convention, Chine, CAT/C/CHN/CO/4, 21 novembre 2008, § 18 (D) ; Comité des droits de l'homme de l'ONU, observation générale n° 15. Situation des étrangers au regard du Pacte, 1986, § 10; Comité des Nations unies pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale n° 30 concernant la discrimination contre les non-ressortissants, CERD/C/64/Misc.11/rev.3, 2004, § 26; Rapporteur spécial des Nations unies sur les droits des non-ressortissants, Rapport final de M. David Weissbrodt, E/CN.4/Sub.2/2003/23, § 11; et Rapporteur spécial des Nations unies sur les droits de l'homme des migrants, M. Jorge Bustamante, Rapport annuel, A/HRC/7/12, 25 février 2008, § 64.

3. Commission interaméricaine, *The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States*, affaire n° 10.675, § 163, à la lumière de l'article XXVII de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, et de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 28 juillet 2011 en l'affaire Brahim Samba Diouf c. ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration (C-69/10), eu égard à l'article 39 de la directive 2005/85/CE.

4. Concernant les procédures d'expulsion, voir *Maaouia c. France* ([GC], n° 39652/98, CEDH 2000-X) et, concernant les procédures d'asile, *Katani et autres c. Allemagne* ((déc.), n° 67679/01, 31 mai 2001). Comme les juges Loucайдес et Traja, j'ai également de sérieux doutes sur la proposition selon laquelle, en raison de l'élément discrétionnaire d'ordre public des décisions prises dans le cadre de ces procédures, il ne faut pas les considérer comme portant sur les droits civils de la personne concernée. Mes doutes s'appuient sur deux raisons majeures: premièrement, ces décisions ont forcément des répercussions importantes sur la vie privée, professionnelle et sociale de l'étranger. Deuxièmement, ces décisions ne sont absolument pas discrétionnaires et doivent se conformer aux obligations internationales, comme celles qui découlent de l'interdiction du refoulement. Quoi qu'il en soit, les garanties de la procédure d'asile peuvent également être tirées de l'article 4 du Protocole n° 4 et même de la Convention elle-même. En fait, la Cour a déjà fondé son appréciation de l'équité d'une procédure d'asile sur l'article 3 de la Convention (*Jabari c. Turquie*, n° 40035/98, §§ 39-40, CEDH 2000-VIII). De plus, elle a utilisé l'article 13 de la Convention pour censurer le défaut de recours effectif contre le rejet d'une demande d'asile (*Chahal*, précité, § 153, et *Gebremedhin [Gaberamadbién]*, précité, § 66). En d'autres termes, le contenu des garanties procédurales de l'interdiction de refoulement découle en définitive des articles de la Convention qui protègent les droits de l'homme pour lesquels aucune dérogation n'est autorisée (comme par exemple l'article 3) combinés avec l'article 13, ainsi que de l'article 4 du Protocole n° 4.

L'article 4 du Protocole n° 4 et l'article 1 du Protocole n° 7 ont la même nature : les deux sont des dispositions prévoyant des garanties procédurales mais leurs champs d'application respectifs sont实质iellement différents. Les garanties procédurales énoncées à l'article 4 du Protocole n° 4 ont un champ d'application beaucoup plus large que celles de l'article 1 du Protocole n° 7 : le premier article s'applique à tous les étrangers quelle que soit leur situation juridique ou factuelle tandis que le second ne concerne que les étrangers qui résident en situation régulière dans l'Etat qui ordonne l'expulsion¹.

Une fois admise l'application du principe de non-refoulement à toute action d'un Etat menée au-delà des frontières de celui-ci, on en arrive logiquement à la conclusion selon laquelle *la garantie procédurale de l'appréciation individuelle des demandes d'asile et l'interdiction consécutive de l'expulsion collective d'étrangers ne se limitent pas au territoire terrestre et aux eaux territoriales d'un Etat mais s'appliquent également en haute mer*².

En fait, ni la lettre ni l'esprit de l'article 4 du Protocole n° 4 n'interdisent d'en faire une application extraterritoriale. Le libellé de cette disposition ne prévoit pas de limite territoriale. De plus, elle se réfère de manière très large aux étrangers, et non aux résidents, ni même aux migrants. Son but est de garantir le droit de présenter une demande d'asile qui fera l'objet d'une évaluation individuelle, quelle que soit la manière dont le demandeur d'asile est arrivé dans le pays concerné, que ce soit par la terre, la mer ou l'air, légalement ou non. Ainsi, l'esprit de cette disposition exige une interprétation également large de la notion d'expulsion collective, qui comprend toutes les opérations collectives d'extradition, de renvoi, de transfert informel, de « restitution », de rejet, de refus d'admission et de toutes autres mesures collectives qui auraient pour effet de contraindre un demandeur d'asile à rester dans son pays d'origine, quel que soit l'endroit où cette opération a lieu. Le but de la disposition serait très facilement contourné si un Etat pouvait envoyer un bateau de guerre en haute mer ou à la limite de ses eaux territoriales et se mettre à refuser de manière collective et globale toutes les

1. *Conka*, précité, affaire dans laquelle les requérants, au moment de leur expulsion, n'étaient déjà plus autorisés à rester dans le pays et étaient sous le coup d'une ordonnance de quitter le territoire. Voir également, pour l'applicabilité d'autres conventions régionales aux étrangers en situation irrégulière sur le territoire, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Mesures provisoires demandées par la Commission interaméricaine des droits de l'homme concernant la République dominicaine, affaire des Haïtiens et des Dominicains d'origine haïtienne en République dominicaine, ordonnance de la Cour du 18 août 2000 ; Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Rencontre Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme c. Zambie, communication n° 71/92, octobre 1996, § 23, et Union Inter-Africaine des Droits de l'Homme et autres c. Angola, communication n° 159/96, 11 novembre 1997, § 20.

2. A cet effet, voir également la Résolution 1821 (2011) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur l'interception et le sauvetage en mer de demandeurs d'asile, de réfugiés et de migrants en situation irrégulière, §§ 9.3-9.6.

demandes de réfugiés, ou même s'abstenir de se livrer à l'évaluation du statut de réfugié. L'interprétation de cette disposition doit donc être cohérente avec le but de protection des étrangers d'une expulsion collective.

En conclusion, l'extraterritorialité de la garantie procédurale de l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme est en pleine conformité avec l'extension extraterritoriale de la même garantie prévue par le droit international des réfugiés et le droit universel des droits de l'homme.

La responsabilité de l'Etat pour les violations des droits de l'homme pendant les opérations de contrôle de l'immigration et des frontières

Le contrôle de l'immigration et des frontières constitue une fonction essentielle de l'Etat, et toutes les formes de ce contrôle procèdent de l'exercice de la juridiction de l'Etat. Dès lors, toutes les formes de contrôle de l'immigration et des frontières d'un Etat partie à la Convention européenne des droits de l'homme sont soumises aux normes en matière de droits de l'homme consacrées par celle-ci et à l'examen de la Cour¹, quels que soient le personnel chargé de ces opérations et le lieu où elles se déroulent.

Le contrôle de l'immigration et des frontières est d'ordinaire effectué par les fonctionnaires de l'Etat placés le long de la frontière d'un pays, particulièrement dans les endroits où transitent des personnes et des biens, tels que les ports et les aéroports. Mais ce contrôle peut également être opéré par d'autres professionnels dans d'autres endroits. En réalité, la capacité formelle d'un agent de l'Etat exerçant un contrôle aux frontières ou le fait que cette personne soit ou non armée sont des éléments dénués de toute pertinence. Tous les représentants, fonctionnaires, délégués, employés publics, policiers, agents des forces de l'ordre, militaires, agents contractuels ou membres d'une entreprise privée agissant en vertu d'une autorité légale qui assurent la fonction de contrôle des frontières pour le compte d'une Partie contractante sont liés par les normes établies par la Convention².

Peu importe également si le contrôle de l'immigration ou des frontières s'exerce sur le territoire terrestre ou dans les eaux territoriales d'un Etat, au sein de ses missions diplomatiques, sur un de ses navires de guerre, sur un bateau enregistré dans l'Etat ou sous son contrôle effectif, sur un bateau d'un autre Etat ou dans un lieu situé sur le territoire d'un autre Etat ou

1. Voir l'arrêt de principe *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 59, série A n° 94.

2. Lauterpacht et Bethlehem, précité, § 61, Goodwin-Gill et McAdam, précité, p. 384.

sur un territoire loué à un autre Etat, dès lors que le contrôle est effectué pour le compte de la Partie contractante¹. Un Etat ne peut se soustraire à ses obligations conventionnelles à l'égard des réfugiés par le biais d'un stratagème consistant à changer le lieu où leur situation est déterminée. *A fortiori*, l'«excision» d'une partie du territoire d'un Etat de la zone de migration afin d'éviter l'application des garanties juridiques générales aux personnes arrivant dans cette partie «excisée» du territoire, représente un déni flagrant des obligations qui incombent à un Etat au regard du droit international².

Ainsi, les normes de la Convention régissent toute la palette des politiques concevables de l'immigration et des frontières, y compris l'interdiction d'entrer dans les eaux territoriales, le déni de visa, le refus d'autoriser le débarquement en vue des opérations de pré-dédouanement ou le fait de mettre à disposition des fonds, des équipements ou du personnel pour les opérations de contrôle de l'immigration effectuées par d'autres Etats ou par des organisations internationales pour le compte de la Partie contractante. Toutes ces mesures constituent des formes d'exercice de la fonction étatique de contrôle des frontières et une manifestation de la juridiction de l'Etat, quel que soit le lieu où elles sont prises et quelle que soit la personne qui les met en œuvre³.

La juridiction de l'Etat sur le contrôle de l'immigration et des frontières implique naturellement la responsabilité de l'Etat pour toute violation des droits de l'homme qui se produit pendant l'accomplissement de ce contrôle. Les règles applicables à la responsabilité internationale pour les violations des droits de l'homme sont celles qui sont énoncées dans les Articles sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite, annexés à

1. Lauterpacht et Bethlehem, précité, § 67, Goodwin-Gill, précité, p. 5, et Goodwin-Gill et McAdam, précité, p. 246.

2. Bernard Ryan, «*Extraterritorial Immigration Control. What Role for Legal Guarantees?*», dans Bernard Ryan et Valsamis Mitsilegas (eds), *Extraterritorial Immigration Control, Legal Challenges*, Leiden, 2010, pp. 28-30.

3. Au paragraphe 45 de l'affaire *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another (Respondents) ex parte European Roma Rights Centre and others (Appellants)* [2004] UKHL 55, la Chambre des lords a reconnu que les opérations de pré-dédouanement «procèdent de l'exercice de l'autorité gouvernementale» sur les personnes visées. Cependant, les Lords n'étaient pas disposés à considérer le refus d'admettre quelqu'un à bord d'un avion dans un aéroport étranger comme un acte de refoulement au sens de la Convention des Nations unies relative aux droits des réfugiés.

la Résolution 56/83 de 2001 de l'Assemblée générale des Nations unies¹. La Partie contractante reste liée par les normes de la Convention et sa responsabilité n'est nullement atténuée par le fait que celle d'un Etat non contractant est engagée pour le même acte. Par exemple, la présence d'un agent d'un Etat non contractant à bord d'un navire de guerre d'un Etat contractant ou d'un navire sous le contrôle effectif de l'Etat contractant ne dispense pas celui-ci de ses obligations conventionnelles (article 8 des Articles sur la responsabilité des Etats). Par ailleurs, la présence d'un agent d'un Etat contractant à bord d'un navire de guerre d'un Etat non contractant ou d'un navire sous le contrôle effectif d'un Etat non contractant permet d'imputer à l'Etat contractant participant à l'opération toute violation des normes de la Convention (article 16 des Articles sur la responsabilité des Etats).

La violation des normes de la Convention par l'Etat italien

Selon les principes rappelés ci-dessus, l'opération de contrôle des frontières par l'Etat italien ayant entraîné le renvoi vers la haute mer, combinée avec l'absence d'une procédure individuelle, équitable et effective de filtrage des demandeurs d'asile, constitue une violation grave de l'interdiction de l'expulsion collective d'étrangers et, en conséquence, du principe de non-refoulement².

Dans le cadre de l'action litigieuse de «renvoi», les requérants ont été embarqués à bord d'un navire militaire appartenant à la marine italienne. Traditionnellement, les bateaux en haute mer sont considérés comme une extension du territoire de l'Etat du pavillon³. Il s'agit là d'une assertion

1. Aujourd'hui, ces règles constituent le droit international coutumier (CIJ, Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, 26 février 2007, § 420, et, parmi d'autres auteurs, McCorquodale et Simons, «*Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law*», *Modern Law Review*, 70, 2007, p. 601, Lauterpacht et Bethlehem, précité, p. 108, et Crawford et Olleson, «*The Continuing Debate on a UN Convention on State Responsibility*», *International and Comparative Law Quarterly*, 54, 2005, p. 959-971) et sont applicables aux violations des droits de l'homme (Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, 2002, p. 25 et Gammeltoft-Hansen, «*The Externalisation of European Migration Control and the Reach of International Refugee Law*», in *European Journal of Migration and Law*, 2010, p. 18).

2. Le Comité européen pour la prévention de la torture et des traitements ou peines inhumains ou dégradants (CPT) parvient à la même conclusion dans son Rapport au gouvernement italien sur la visite effectuée en Italie du 27 au 31 juillet 2009, § 48.

3. Voir l'arrêt de la CPJI en l'affaire du *Lotus* (France c. Turquie) du 7 septembre 1927, § 65, où la Cour dit explicitement: «Le principe de la liberté de la mer a pour conséquence que le navire en haute mer est assimilé au territoire de l'Etat dont il porte le pavillon car, comme dans le territoire, cet Etat y fait valoir son autorité, et aucun autre Etat ne peut y exercer la sienne (...) Il s'ensuit que ce qui se passe à bord d'un navire en haute mer doit être regardé comme s'étant passé dans le territoire de l'Etat dont le navire porte le pavillon.»

incontestable de droit international, consacrée par l'article 92 § 1 de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer (« CNUDM »). Cette assertion vaut d'autant plus dans le cas d'un navire de guerre, qui est considéré, pour citer Malcom Shaw, comme « le bras armé de la souveraineté de l'Etat du pavillon »¹. L'article 4 du code de navigation italien consacre ce même principe lorsqu'il énonce que « Les navires italiens en haute mer ainsi que les aéronefs se trouvant dans un espace non soumis à la souveraineté d'un Etat sont considérés comme étant territoire italien ». En somme, lorsque les requérants sont montés à bord des bateaux italiens en haute mer, ils ont pénétré sur le « territoire » italien, au sens figuré de ce terme, bénéficiant ainsi *ipso facto* de toutes les obligations qui incombent à une Partie contractante à la Cour européenne des droits de l'homme et à la Convention des Nations unies relative au statut des réfugiés.

Le gouvernement défendeur soutient que les actions de renvoi en haute mer se justifiaient au regard du droit de la mer. Quatre fondements pourraient être envisagés : le premier est l'article 110 § 1, alinéa d), de la CNUDM combiné avec l'article 91 de celle-ci, qui autorise l'abordage de navires qui ne battent aucun pavillon, comme ceux généralement qui transportent des migrants illégaux à travers la Méditerranée ; le deuxième est l'article 110 § 1, alinéa b) de la CNUDM, qui autorise les bateaux à aborder des navires en haute mer s'il y a un motif raisonnable de soupçonner que le navire en question se livre au trafic d'esclaves, ce motif pouvant être étendu aux victimes de la traite des êtres humains, eu égard à l'analogie entre ces deux formes de trafic² ; le troisième est l'article 8 §§ 2 et 7 du Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air se rapportant à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, qui autorise les Etats à intercepter et prendre des mesures appropriées contre les navires pouvant être raisonnablement soupçonnés de se livrer au trafic illicite de migrants ; et le quatrième est l'obligation, prévue à l'article 98 de la CNUDM, de prêter assistance aux personnes en danger ou en détresse en haute mer. Dans toutes ces circonstances, les Etats restent en même temps soumis à l'interdiction de refoulement. Aucune de ces dispositions ne peut raisonnablement être invoquée pour justifier une exception à l'obligation de non-refoulement et, en conséquence, à l'interdiction de toute expulsion collective. Ce serait donner une interprétation bien tendancieuse de ces normes, qui visent à garantir la protection de personnes particulièrement vulnérables (les victimes de trafic, les migrants illégaux, les personnes en danger ou en détresse en

1. Shaw, *International Law*, 5^e édition, Cambridge, p. 495.

2. Rapport du groupe de travail sur les formes contemporaines d'esclavage, UN doc. E/CN.4/Sub.2/1998/14, 6 juillet 1998, rec. 97, et Rapport du groupe de travail sur les formes contemporaines d'esclavage, UN doc. E/CN.4/Sub.2/2004/36, 20 juillet 2004, rec. 19-31.

haute mer), que de s'en servir pour justifier l'exposition de ces personnes à un risque supplémentaire de mauvais traitements en les ramenant dans les pays qu'ils ont fuis. Comme le représentant français, M. Juvigny, l'a dit au comité spécial lors des discussions sur le projet de convention sur les réfugiés, « (...) il n'est pas de pire catastrophe, pour un individu qui est parvenu, au prix de maintes difficultés, à quitter un pays où il est soumis à des persécutions, que de se voir renvoyé dans ce pays, sans parler des représailles qui l'y attendent »¹.

S'il y a une affaire à l'occasion de laquelle la Cour devrait fixer des mesures concrètes d'exécution, c'est bien celle-ci. La Cour estime que le gouvernement italien doit prendre des mesures pour obtenir du gouvernement libyen l'assurance que les requérants ne seraient pas soumis à un traitement incompatible avec la Convention, y compris à un refoulement indirect. Ce n'est pas assez. Le gouvernement italien a également une obligation positive de fournir aux requérants un accès pratique et effectif à une procédure d'asile en Italie.

Les mots du juge Blackmun sont une telle source d'inspiration qu'ils ne doivent pas être oubliés. Les réfugiés tentant de fuir l'Afrique ne réclament pas un droit d'admission en Europe. Ils demandent seulement à l'Europe, berceau de l'idéalisme en matière de droits de l'homme et lieu de naissance de l'état de droit, de cesser de fermer ses portes à des personnes désespérées qui ont fui l'arbitraire et la brutalité. C'est là une prière bien modeste, au demeurant soutenue par la Convention européenne des droits de l'homme. « Ne restons pas sourds à cette prière. »

1. UN doc. E/AC.32/SR.40

ANNEXE

LISTE DES REQUÉRANTS

	Nom	Lieu et date de naissance	Situation actuelle des requérants
1.	Hirsi Sadik JAMAA	Somalie, 30 mai 1984	Statut de réfugié octroyé le 25 juin 2009 (N. 507-09C00279)
2.	Mohamed SHEIKH ALI	Somalie, 22 janvier 1979	Statut de réfugié octroyé le 13 août 2009 (N. 229-09C0002)
3.	Moh'b Ali HASSAN	Somalie, 10 septembre 1982	Statut de réfugié octroyé le 25 juin 2009 (N. 229-09C00008)
4.	Omar Ahmed SHEIKH	Somalie, 1 ^{er} janvier 1993	Statut de réfugié octroyé le 13 août 2009 (N. 229-09C00010)
5.	Elyas Awes ALI	Somalie, 6 juin 1983	Statut de réfugié octroyé le 13 août 2009 (N. 229-09C00001)
6.	Mohammed Abdi KADIYE	Somalie, 28 mars 1988	Statut de réfugié octroyé le 25 juin 2009 (N. 229-09C00011)
7.	Qadar Abfillzhi HASAN	Somalie, 8 juillet 1978	Statut de réfugié octroyé le 26 juillet 2009 (N. 229-09C00003)
8.	Abduqadir Ismail SIYAD	Somalie, 20 juillet 1976	Statut de réfugié octroyé le 13 août 2009 (N. 229-09C00006)
9.	Abdigani Abdillahi ALI	Somalie, 1 ^{er} janvier 1986	Statut de réfugié octroyé le 25 juin 2009 (N. 229-09C00007)
10.	Mohamed Abukar MOHAMED	Somalie, 27 février 1984	Décédé à une date inconnue
11.	Hasan Shariff ABBIRAHMAN	Somalie, date inconnue	Décédé en novembre 2009
12.	Samsom Mlash TESRAY	Erythrée, date inconnue	Domicile inconnu

	Nom	Lieu et date de naissance	Situation actuelle des requérants
13.	Waldu HABTEMCHAEL	Erythrée, 1 ^{er} janvier 1971	Statut de réfugié octroyé le 25 juin 2009 (N. 229-08C00311); réside en Suisse
14.	Biniam ZEWEIDI	Erythrée, 24 avril 1973	Réside en Libye
15.	Aman Tsyehansi GEBRAY	Erythrée, 25 juin 1978	Réside en Libye
16.	Mifta NASRB	Erythrée, 3 juillet 1989	Réside en Libye
17.	Said SALIH	Erythrée, 1 ^{er} janvier 1977	Réside en Libye
18.	Estifanos ADMASU	Erythrée, date inconnue	Domicile inconnu
19.	Habtom TSEGAY	Erythrée, date inconnue	Détenu au camp de rétention de Choucha, en Tunisie
20.	Ermias BERHANE	Erythrée, 1 ^{er} aout 1984	Statut de réfugié octroyé en Italie le 25 mai 2011; réside en Italie
21.	Roberl Abzighi YOHANNES	Erythrée, 24 février 1985	Statut de réfugié octroyé le 8 octobre 2009 (N. 507-09C001346); réside au Bénin
22.	Telahun Meherte KERI	Erythrée, date inconnue	Domicile inconnu
23.	Hayelom Mogos KIDANE	Erythrée, 24 février 1974	Statut de réfugié octroyé le 25 juin 2009 (N. 229-09C00015); réside en Suisse
24.	Kiflom Tesfazion KIDAN	Erythrée, 29 juin 1978	Statut de réfugié octroyé le 25 juin 2009 (N. 229-09C00012); réside à Malte

HIRSI JAMAA AND OTHERS v. ITALY
(Application no. 27765/09)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 23 FEBRUARY 2012¹

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

SUMMARY¹

Return of migrants intercepted on high seas to country of departure

Article 3

Expulsion – Return of migrants intercepted on high seas to country of departure – Principle of non-refoulement – Obligation on Contracting States to enquire into treatment to which applicants would be exposed after removal – Obligation on returning State to ensure intermediary country offers sufficient guarantees against arbitrary repatriation exposing parties concerned to risk of ill-treatment in country of origin – Real risk of ill-treatment in intermediary third country and/or country of origin – Real risk of arbitrary repatriation from third country – Reports of torture and ill-treatment from reliable sources – No asylum and protection procedures for refugees in third country

Article 13

Effective remedy – No accessible remedy for migrants intercepted on high seas and returned to country of departure – Right to obtain sufficient information to gain effective access to procedures to prevent enforcement of removal measure – Requirement that remedy be of suspensive effect

Article 4 of Protocol No. 4

Prohibition of collective expulsions of aliens – Return of migrants intercepted on high seas to country of departure – Extraterritorial application – Removal of aliens to third State carried out outside national territory – Exercise of State's extraterritorial jurisdiction in the form of collective expulsion of aliens – No procedures to identify and examine individual situations of applicants

*

* * *

The applicants, eleven Somali nationals and thirteen Eritrean nationals, were part of a group of about two hundred individuals who, in 2009, left Libya aboard three vessels with the aim of reaching the Italian coast.

On 6 May 2009, when the vessels were within the Maltese Search and Rescue Region of responsibility, they were intercepted by three ships from the Italian

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

Revenue Police and the Coastguard. The occupants of the intercepted vessels were transferred onto Italian military ships and returned to Tripoli. The applicants alleged that during that voyage the Italian authorities did not inform them of their real destination and took no steps to identify them. On arrival in the port of Tripoli, following a ten-hour voyage, the migrants were handed over to the Libyan authorities. According to the applicants, they objected to being handed over to those authorities but were forced to leave the Italian ships. At a press conference held the following day the Italian Minister of the Interior stated that the operation to intercept the vessels on the high seas and to push the migrants back to Libya was the consequence of the entry into force in February 2009 of bilateral agreements concluded with Libya, and represented an important turning point in the fight against clandestine immigration. Two of the applicants died in unknown circumstances after the events in question. Fourteen of the applicants were granted refugee status by the Office of the High Commissioner for Refugees (UNHCR) in Tripoli between June and October 2009. Following the revolution which broke out in Libya in February 2011, the quality of contact between the applicants and their representatives deteriorated. The lawyers are currently in contact with six of the applicants, four of whom live in Benin, Malta or Switzerland, where some of them are awaiting a response to their request for international protection. One of the applicants is in a refugee camp in Tunisia and plans to return to Italy. In May 2011 one of the applicants was granted refugee status in Italy, which he had entered unlawfully.

Held

(1) Italy acknowledged that the ships onto which the applicants had been embarked were fully within Italian jurisdiction. The Court reiterated the principle of international law enshrined in the Italian Navigation Code, according to which a vessel sailing on the high seas was subject to the exclusive jurisdiction of the State of the flag it was flying. The Court did not accept the Government's description of the events as "rescue operations on the high seas", or the allegedly minimal level of control exercised over the applicants. The events had taken place entirely on board ships of the Italian armed forces, the crews of which were composed exclusively of Italian military personnel. In the period between boarding those ships and being handed over to the Libyan authorities, the applicants had been under the continuous and exclusive *de jure* and *de facto* control of the Italian authorities. Accordingly, the events giving rise to the alleged violations fell within Italy's jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention.

Conclusion: jurisdiction established (unanimously).

(2) Article 3: (a) *Risk of ill-treatment in Libya* – The Court, conscious of the pressure put on States by the ever-increasing influx of migrants, a particularly complex situation in the maritime environment, pointed out, however, that that situation did not absolve them from their obligation not to remove an individual at risk of being subjected to treatment in breach of Article 3 in the receiving country. Noting

the deteriorating situation in Libya after April 2010, the Court, for the purposes of examining the case, referred to the situation prevailing in Libya at the material time. In that regard, it noted that the disturbing conclusions of numerous organisations regarding the treatment of clandestine immigrants were corroborated by the report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) published in 2010. No distinction was made between irregular migrants and asylum-seekers, who were systematically arrested and detained in conditions which observers had described as inhuman, reporting, in particular, cases of torture. Clandestine migrants were at risk of being returned to their countries of origin at any time and, if they managed to regain their freedom, were subjected to precarious living conditions and racism. The Italian Government argued that Libya was a safe destination for migrants and that that country would comply with its international commitments as regards asylum and the protection of refugees. The Court observed that the existence of domestic laws and the ratification of international treaties guaranteeing respect for fundamental rights were not in themselves sufficient to ensure adequate protection against the risk of ill-treatment where reliable sources had reported practices which were contrary to the principles of the Convention. Furthermore, Italy could not evade its own responsibility under the Convention by relying on its subsequent obligations arising out of bilateral agreements with Libya. The Office of the UNHCR in Tripoli had never been recognised by the Libyan government. Since that situation in Libya was well known and easy to verify at the material time, the Italian authorities had known or should have known, when removing the applicants, that they would be exposed to treatment in that country in breach of the Convention. The Court considered that it was for the national authorities, faced with a situation in which human rights were being systematically violated, as described above, to find out about the treatment to which the applicants would be exposed after their return. Moreover, the fact that the applicants had failed expressly to request asylum did not exempt Italy from fulfilling its obligations. The Court noted the obligations of States arising out of international refugee law, including the “principle of *non-refoulement*”, also enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The Court, considering furthermore that the shared situation of the applicants and many other clandestine migrants in Libya did not make the alleged risk any less individual, concluded that, by transferring the applicants to Libya, the Italian authorities, in full knowledge of the facts, had exposed them to treatment proscribed by the Convention.

Conclusion: violation (unanimously).

(b) *Risk of ill-treatment in the applicants' countries of origin* – The indirect removal of an alien left the responsibility of the Contracting State intact, and that State was required to ensure that the intermediary country offered sufficient guarantees against arbitrary repatriation, particularly if that State was not a party to the Convention. All the information in the Court's possession clearly showed that the

situation in Somalia and Eritrea was one of widespread insecurity – there was a risk of torture and detention in inhuman conditions merely for having left the country illegally. The applicants could therefore arguably claim that their repatriation would breach Article 3. The Court then sought to ascertain whether the Italian authorities could reasonably have expected Libya to offer sufficient guarantees against arbitrary repatriation. Observing that that State had not ratified the Geneva Convention on Refugee Status and noting the absence of any form of asylum and protection procedure for refugees in Libya, the Court did not subscribe to the argument that the activities of the UNHCR in Tripoli represented a guarantee against arbitrary repatriation. Human Rights Watch and the UNHCR had denounced several forced returns of asylum-seekers and refugees to high-risk countries. Thus, the fact that some of the applicants had obtained refugee status in Libya, far from being reassuring, constituted additional evidence of the vulnerability of the parties concerned. The Court concluded that when the applicants were transferred to Libya, the Italian authorities had known or should have known that there were insufficient guarantees protecting them from the risk of being arbitrarily returned to their respective countries of origin.

Conclusion: violation (unanimously).

(3) Article 4 of Protocol No. 4: (a) *Admissibility* – The Court was called upon for the first time to examine whether that Article applied to a case involving the removal of aliens to a third State carried out outside national territory. It sought to ascertain whether the transfer of the applicants to Libya had constituted a collective expulsion within the meaning of that provision. The Court observed that neither that provision nor the *travaux préparatoires* of the Convention precluded extraterritorial application of that Article. Furthermore, limiting its application to collective expulsions from the national territory of member States would eliminate a significant component of contemporary migratory patterns from the scope of that provision and would deprive migrants having taken to the sea – often risking their lives, and not having managed to reach the borders of a State – of an examination of their personal circumstances before being expelled, unlike those travelling by land. The notion of expulsion was principally territorial, as was the notion of “jurisdiction”. Where, however, as in the instant case, the Court found that a Contracting State had, exceptionally, exercised its jurisdiction outside its national territory, it could accept that the exercise of extraterritorial jurisdiction by that State had taken the form of collective expulsion. Furthermore, the special nature of the maritime environment could not justify establishing an area outside the law where individuals were covered by no legal system capable of affording them enjoyment of the rights and guarantees protected by the Convention. Article 4 of Protocol No. 4 was therefore applicable in the instant case.

Conclusion: admissible (unanimously).

(b) *Merits* – The transfer of the applicants to Libya had been carried out without any examination of each applicant’s individual situation. The applicants had not

been subjected to any identification procedure by the Italian authorities, which had restricted themselves to embarking them before disembarking them in Libya. The removal of the applicants had been of a collective nature, in breach of Article 4 of Protocol No. 4.

Conclusion: violation (unanimously).

(4) Article 13 in conjunction with Article 3 of the Convention and Article 4 of Protocol No. 4: The Italian Government acknowledged that no provision had been made for assessment of the personal circumstances of the applicants on board the military vessels on which they were embarked. There had been neither interpreters nor legal advisers among the personnel on board. The applicants alleged that they had been given no information by the Italian military personnel, who had led them to believe that they were being taken to Italy and had not informed them as to the procedure to be followed to avoid being returned to Libya. That version of events, though disputed by the Government, was corroborated by a very large number of witness statements gathered by the UNHCR, the CPT and Human Rights Watch, and the Court attached particular weight to it. The Court reiterated the importance of guaranteeing anyone subject to a removal measure, the consequences of which were potentially irreversible, the right to obtain sufficient information to enable them to gain effective access to the relevant procedures and to substantiate their complaints. Bringing criminal proceedings against the military personnel on board the ship, whilst it was an accessible remedy in practice, did not satisfy the criterion of suspensive effect required by Article 13. The applicants had thus been deprived of any remedy which would have enabled them to lodge their complaints under Article 3 of the Convention and Article 4 of Protocol No. 4 with a competent authority and to obtain a thorough and rigorous assessment of their requests before the removal measure was enforced.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 46: The Italian Government had to take all possible steps to obtain assurances from the Libyan authorities that the applicants would not be subjected to treatment incompatible with Article 3 or arbitrarily repatriated.

Article 41: The Court awarded an amount to each of the applicants in respect of non-pecuniary damage.

Case-law cited by the Court

Golder v. the United Kingdom, 21 February 1975, Series A no. 18

Becker v. Denmark, no. 7011/75, Commission decision of 3 October 1975, Decisions and Reports 4

K.G. v. the Federal Republic of Germany, no. 7704/76, Commission decision of 11 March 1977, unreported

O. and Others v. Luxembourg, no. 7757/77, Commission decision of 3 March 1978, unreported

Marckx v. Belgium, 13 June 1979, Series A no. 31

- Airey v. Ireland*, 9 October 1979, Series A no. 32
- Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, Series A no. 45
- Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 May 1985, Series A no. 94
- A. and Others v. the Netherlands*, no. 14209/88, Commission decision of 16 December 1988, Decisions and Reports 59
- Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, Series A no. 161
- Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*, 30 October 1991, Series A no. 215
- Drozd and Janousek v. France and Spain*, 26 June 1992, Series A no. 240
- Scherer v. Switzerland*, 25 March 1994, Series A no. 287
- Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), 23 March 1995, Series A no. 310
- Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V
- Ahmed v. Austria*, 17 December 1996, *Reports* 1996-VI
- Öhlinger v. Austria*, no. 21444/93, Commission's report of 14 January 1997, unreported
- X, Y and Z v. the United Kingdom*, 22 April 1997, *Reports* 1997-II
- H.L.R. v. France*, 29 April 1997, *Reports* 1997-III
- Boujlifa v. France*, 21 October 1997, *Reports* 1997-VI
- Matthews v. the United Kingdom* [GC], no. 24833/94, ECHR 1999-I
- Andric v. Sweden* (dec.), no. 45917/99, 23 February 1999
- V. v. the United Kingdom* [GC], no. 24888/94, ECHR 1999-IX
- T.I. v. the United Kingdom* (dec.), no. 43844/98, ECHR 2000-III
- Velikova v. Bulgaria*, no. 41488/98, ECHR 2000-VI
- Jabari v. Turkey*, no. 40035/98, ECHR 2000-VIII
- Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, ECHR 2000-XI
- Xhavara and Others v. Italy and Albania* (dec.), no. 39473/98, 11 January 2001
- Hilal v. the United Kingdom*, no. 45276/99, ECHR 2001-II
- Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany* [GC], no. 42527/98, ECHR 2001-VIII
- Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, ECHR 2001-XI
- Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], no. 52207/99, ECHR 2001-XII
- Čonka v. Belgium*, no. 51564/99, ECHR 2002-I
- Assanidze v. Georgia* [GC], no. 71503/01, ECHR 2004-II
- Ilașcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], no. 48787/99, ECHR 2004-VII
- Mamakulov and Askarov v. Turkey* [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, ECHR 2005-I
- Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, no. 36378/02, ECHR 2005-III
- Muslim v. Turkey*, no. 53566/99, 26 April 2005
- Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99, ECHR 2005-IV
- Davydov v. Estonia* (dec.), no. 16387/03, 31 May 2005

- Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* [GC], no. 45036/98, ECHR 2005-VI
- Said v. the Netherlands*, no. 2345/02, ECHR 2005-VI
- Berisha and Haljiti v. "the former Yugoslav Republic of Macedonia"* (dec.), no. 18670/03, ECHR 2005-VIII
- Stec and Others v. the United Kingdom* (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, ECHR 2005-X
- Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, ECHR 2005-XI
- Thévenon v. France* (dec.), no. 2476/02, ECHR 2006-III
- Popov v. Russia*, no. 26853/04, 13 July 2006
- Salah Sheekh v. the Netherlands*, no. 1948/04, 11 January 2007
- Al-Moayad v. Germany* (dec.), no. 35865/03, 20 February 2007
- Gebremedhin [Geberamadhien] v. France*, no. 25389/05, ECHR 2007-II
- Sultani v. France*, no. 45223/05, ECHR 2007-IV
- Saadi v. the United Kingdom* [GC], no. 13229/03, ECHR 2008
- Ryabov v. Russia*, no. 3896/04, 31 January 2008
- Saadi v. Italy* [GC], no. 37201/06, ECHR 2008
- Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, ECHR 2008
- Aleksanyan v. Russia*, no. 46468/06, 22 December 2008
- Léger v. France* (striking out) [GC], no. 19324/02, 30 March 2009
- Ghulami v. France* (dec.), no. 45302/05, 7 April 2009
- Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland* (no. 2) [GC], no. 32772/02, ECHR 2009
- Hussun and Others v. Italy* (striking out), nos. 10171/05, 10601/05, 11593/05 and 17165/05, 19 January 2010
- Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, no. 61498/08, ECHR 2010
- Medvedyev and Others v. France* [GC], no. 3394/03, ECHR 2010
- M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC], no. 30696/09, ECHR 2011
- Dritsas and Others v. Italy* (dec.), no. 2344/02, 1 February 2011
- Sufi and Elmi v. the United Kingdom*, nos. 8319/07 and 11449/07, 28 June 2011
- Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 55721/07, ECHR 2011

In the case of Hirsi Jamaa and Others v. Italy,

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

Nicolas Bratza, *President*,
Jean-Paul Costa,
Françoise Tulkens,
Josep Casadevall,
Nina Vajić,
Dean Spielmann,
Peer Lorenzen,
Ljiljana Mijović,
Dragoljub Popović,
Giorgio Malinvernini,
Mirjana Lazarova Trajkovska,
Nona Tsotsoria,
İşıl Karakaş,
Kristina Pardalos,
Guido Raimondi,
Vincent A. De Gaetano,
Paulo Pinto de Albuquerque, *judges*,
and Michael O'Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 22 June 2011 and on 19 January 2012,
Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 27765/09) 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 eleven Somali nationals and thirteen Eritrean nationals ("the applicants"), whose names and dates of birth are shown on the list appended to this judgment, on 26 May 2009.

2. The applicants were represented by Mr A.G. Lana and Mr A. Saccucci, lawyers practising in Rome. The Italian Government ("the Government") were represented by their Agent, Ms E. Spatafora, and by their co-Agent, Ms S. Coppari.

3. The applicants alleged, in particular, that their transfer to Libya by the Italian authorities had violated Article 3 of the Convention and Article 4 of Protocol No. 4. They also complained of the lack of a remedy satisfying the

requirements of Article 13 of the Convention, which would have enabled them to have the above-mentioned complaints examined.

4. The application was allocated to the Second Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 17 November 2009 a Chamber of that Section decided to communicate the application to the Government. On 15 February 2011 the Chamber, composed of Françoise Tulkens, President, Ireneu Cabral Barreto, Dragoljub Popović, Nona Tsotsoria, İşil Karakaş, Kristina Pardalos, Guido Raimondi, 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).

5. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 27 §§ 2 and 3 of the Convention and Rule 24 of the Rules of Court.

6. It was decided that the Grand Chamber would rule on the admissibility and merits of the application at the same time (Article 29 § 1 of the Convention).

7. The applicants and the Government each filed observations on the merits. The parties replied to each other's observations at the hearing (Rule 44 § 5). Written observations were also received from the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Human Rights Watch, the Columbia Law School Human Rights Clinic, the AIRE Centre, Amnesty International and the International Federation for Human Rights, acting collectively, which had been given leave to intervene by the President of the Chamber (Article 36 § 2 of the Convention). Observations were also received from the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, which had been given leave to intervene by the President of the Court. The Office of the United Nations High Commissioner for Refugees was also given leave to participate in the oral proceedings.

8. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 22 June 2011 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Ms S. Coppari,
Mr G. Albenzio,

co-Agent,
Avvocato dello Stato;

(b) *for the applicants*

Mr A.G. Lana,
Mr A. Saccucci,
Ms A. Sironi,

Counsel,
Assistant;

(c) *for the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, third-party intervener*

Ms M. Garlick, Head of Unit, Policy and Legal Support, Europe Office, *Counsel,*
Mr C. Wouters, Principal Adviser on Refugee Law,
National Protection Division,
Mr S. Boutruche, Legal Adviser for the Policy
and Legal Support Unit, Europe Office, *Advisers.*

The Court heard addresses by Ms Coppari, Mr Albenzio, Mr Lana, Mr Saccucci and Ms Garlick and their replies to judges' questions.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

A. **Interception and push-back of the applicants to Libya**

9. The applicants, eleven Somali nationals and thirteen Eritrean nationals, were part of a group of about two hundred individuals who left Libya aboard three vessels with the aim of reaching the Italian coast.

10. On 6 May 2009, when the vessels were 35 nautical miles south of Lampedusa (Agrigento), that is, within the Maltese Search and Rescue Region of responsibility, they were intercepted by three ships from the Italian Revenue Police (*Guardia di finanza*) and the Coastguard.

11. The occupants of the intercepted vessels were transferred onto Italian military ships and returned to Tripoli. The applicants alleged that during that voyage the Italian authorities did not inform them of their real destination and took no steps to identify them.

All their personal effects, including documents confirming their identity, were confiscated by the military personnel.

12. On arrival in the port of Tripoli, following a ten-hour voyage, the migrants were handed over to the Libyan authorities. According to the applicants' version of events, they objected to being handed over to the Libyan authorities but were forced to leave the Italian ships.

13. At a press conference held on 7 May 2009, the Italian Minister of the Interior stated that the operation to intercept the vessels on the high seas and to push the migrants back to Libya was the consequence of the entry into force on 4 February 2009 of bilateral agreements concluded with Libya, and represented an important turning point in the fight against clandestine immigration. In a speech to the Senate on 25 May 2009, the Minister stated

that between 6 and 10 May 2009 more than 471 irregular migrants had been intercepted on the high seas and transferred to Libya in accordance with those bilateral agreements. After explaining that the operations had been carried out in application of the principle of cooperation between States, the Minister stated that the push-back policy was very effective in combating illegal immigration. According to the Minister of the Interior, that policy discouraged criminal gangs involved in people smuggling and trafficking, helped save lives at sea and substantially reduced landings of irregular migrants along the Italian coast, which had decreased fivefold in May 2009 as compared with May 2008.

14. During the course of 2009, Italy conducted nine operations on the high seas to intercept irregular migrants, in conformity with the bilateral agreements concluded with Libya.

B. The applicants' fate and their contacts with their representatives

15. According to the information submitted to the Court by the applicants' representatives, two of the applicants, Mr Mohamed Abukar Mohamed and Mr Hasan Shariff Abbirahman (nos. 10 and 11 respectively on the list appended to this judgment), died in unknown circumstances after the events in question.

16. After the application was lodged, the lawyers were able to maintain contact with the other applicants, who could be contacted by telephone and e-mail.

Fourteen of the applicants (appearing on the list) were granted refugee status by the office in Tripoli of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) between June and October 2009.

17. Following the revolution which broke out in Libya in February 2011, forcing a large number of people to flee the country, the quality of contact between the applicants and their representatives deteriorated. The lawyers are currently in contact with six of the applicants:

(i) Mr Ermias Berhane (no. 20 on the list) managed to land, unlawfully, on the Italian coast. On 25 May 2011 the Crotone Refugee Status Board granted him refugee status;

(ii) Mr Habtom Tsegay (no. 19 on the list) is currently at Chucha detention camp in Tunisia. He plans to return to Italy;

(iii) Mr Kiflom Tesfazion Kidan (no. 24 on the list) is resident in Malta;

(iv) Mr Hayelom Mogos Kidane and Mr Waldu Habtemchael (nos. 23 and 13 on the list respectively) are resident in Switzerland, where they are awaiting a response to their request for international protection;

(v) Mr Roberl Abzighi Yohannes (no. 21 on the list) is resident in Benin.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

A. The Italian Navigation Code

18. Article 4 of the Navigation Code of 30 March 1942, as amended in 2002, provides as follows:

“Italian vessels on the high seas and aircraft in airspace not subject to the sovereignty of a State are considered to be Italian territory.”

B. Bilateral agreements between Italy and Libya

19. On 29 December 2007 Italy and Libya signed a bilateral cooperation agreement in Tripoli to combat clandestine immigration. On the same date the two countries signed an Additional Protocol setting out the operational and technical arrangements for implementing the said Agreement. Under Article 2 of the Agreement:

“Italy and the ‘Great Socialist People’s Libyan Arab Jamahiriya’ undertake to organise maritime patrols using six ships made available on a temporary basis by Italy. Mixed crews shall be present on ships, made up of Libyan personnel and Italian police officers, who shall provide training, guidance and technical assistance on the use and handling of the ships. Surveillance, search and rescue operations shall be conducted in the departure and transit areas of vessels used to transport clandestine immigrants, both in Libyan territorial waters and in international waters, in compliance with the international conventions in force and in accordance with the operational arrangements to be decided by the two countries.” (non-official translation)

Furthermore, Italy undertook to cede to Libya, for a period of three years, three unmarked ships (Article 3 of the Agreement) and to encourage the bodies of the European Union to conclude a framework agreement between the European Union and Libya (Article 4 of the Agreement).

Finally, under Article 7, Libya undertook to “coordinate its actions with those of the countries of origin in order to reduce clandestine immigration and ensure the repatriation of immigrants”.

On 4 February 2009 Italy and Libya signed an Additional Protocol in Tripoli, intended to strengthen bilateral cooperation in the fight against clandestine immigration. That Protocol partially amended the Agreement of 29 December 2007, in particular through the inclusion of a new Article, which stated:

“The two countries undertake to organise maritime patrols with joint crews, made up of equal numbers of Italian and Libyan personnel having equivalent experience and skills. The patrols shall be conducted in Libyan and international waters under the supervision of Libyan personnel and with participation by Italian crew members, and in Italian and international waters under the supervision of Italian personnel and with participation by the Libyan crew members.

Ownership of the ships offered by Italy, within the meaning of Article 3 of the Agreement of 29 December 2007, shall be definitively ceded to Libya.

The two countries undertake to repatriate clandestine immigrants and to conclude agreements with the countries of origin in order to limit clandestine immigration.”
(non-official translation)

20. On 30 August 2008 in Benghazi, Italy and Libya signed the Treaty on Friendship, Partnership and Cooperation, Article 19 of which makes provision for efforts to prevent clandestine immigration in the countries of origin of migratory flows. Under Article 6 of that Treaty, Italy and Libya undertook to act in accordance with the principles of the United Nations Charter and the Universal Declaration of Human Rights.

21. According to a statement by the Italian Minister of Defence, the agreements between Italy and Libya were suspended following the events of 2011.

III. RELEVANT ASPECTS OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

A. 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees (“the Geneva Convention”)

22. Italy has ratified the Geneva Convention, which defines the situations in which a State must grant refugee status to persons who apply for it, and the rights and responsibilities of those persons. Articles 1 and 33 § 1 of the Geneva Convention provide:

Article 1

“... For the purposes of the present Convention, the term ‘refugee’ shall apply to any person who ... owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.”

Article 33 § 1

“No Contracting State shall expel or return (‘refouler’) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.”

23. In its Note on International Protection of 13 September 2001 (A/AC.96/951, § 16), UNHCR, which has the task of monitoring the manner in which the States Parties apply the Geneva Convention, indicated that the principle of *non-refoulement* laid down in Article 33, was:

“... a cardinal protection principle enshrined in the Convention, to which no reservations are permitted. In many ways, the principle is the logical complement to the right to seek asylum recognized in the Universal Declaration of Human Rights. It has come to be considered a rule of customary international law binding on all States. In addition, international human rights law has established *non-refoulement* as a fundamental component of the absolute prohibition of torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. The duty not to *refoul*e is also recognized as applying to refugees irrespective of their formal recognition, thus obviously including asylum-seekers whose status has not yet been determined. It encompasses any measure attributable to a State which could have the effect of returning an asylum-seeker or refugee to the frontiers of territories where his or her life or freedom would be threatened, or where he or she would risk persecution. This includes rejection at the frontier, interception and indirect *refoulement*, whether of an individual seeking asylum or in situations of mass influx.”

B. 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (“the Montego Bay Convention”)

24. The relevant Articles of the Montego Bay Convention provide:

Article 92 Status of ships

“1. Ships shall sail under the flag of one State only and, save in exceptional cases expressly provided for in ... this Convention, shall be subject to its exclusive jurisdiction on the high seas ...”

Article 94 Duties of the flag State

“1. Every State shall effectively exercise its jurisdiction and control in administrative, technical and social matters over ships flying its flag.”

Article 98 Duty to render assistance

“1. Every State shall require the master of a ship flying its flag, in so far as he can do so without serious danger to the ship, the crew or the passengers:

- (a) to render assistance to any person found at sea in danger of being lost;
- (b) to proceed with all possible speed to the rescue of persons in distress, if informed of their need of assistance, in so far as such action may reasonably be expected of him;
- ...”

C. 1979 International Convention on Maritime Search and Rescue (“the SAR Convention”) (amended in 2004)

25. Sub-paragraph 3.1.9 of the Annex to the SAR Convention provides:

“Parties shall co-ordinate and co-operate to ensure that masters of ships providing assistance by embarking persons in distress at sea are released from their obligations with minimum further deviation from the ships’ [sic] intended voyage, provided that releasing the master of the ship from these obligations does not further endanger the safety of life at sea. The Party responsible for the search and rescue region in which such assistance is rendered shall exercise primary responsibility for ensuring such co-ordination and co-operation occurs, so that survivors assisted are disembarked from the assisting ship and delivered to a place of safety, taking into account the particular circumstances of the case and guidelines developed by the Organization [International Maritime Organization]. In these cases, the relevant Parties shall arrange for such disembarkation to be effected as soon as reasonably practicable.”

D. Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organised Crime (“the Palermo Protocol”) (2000)

26. Article 19 § 1 of the Palermo Protocol provides:

“Nothing in this Protocol shall affect the other rights, obligations and responsibilities of States and individuals under international law, including international humanitarian law and international human rights law and, in particular, where applicable, the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees and the principle of *non-refoulement* as contained therein.”

E. Resolution 1821 (2011) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe

27. On 21 June 2011 the Parliamentary Assembly of the Council of Europe adopted the Resolution on the interception and rescue at sea of asylum-seekers, refugees and irregular migrants, which provides as follows:

“1. The surveillance of Europe’s southern borders has become a regional priority. The European continent is having to cope with the relatively large-scale arrival of migratory flows by sea from Africa, reaching Europe mainly through Italy, Malta, Spain, Greece and Cyprus.

2. Migrants, refugees, asylum-seekers and others risk their lives to reach Europe’s southern borders, mostly in unseaworthy vessels. These journeys, always undertaken illicitly, mostly on board flagless vessels, putting them at risk of falling into the hands of migrant smuggling and trafficking rings, reflect the desperation of the passengers, who have no legal means and, above all, no safer means of reaching Europe.

3. Although the number of arrivals by sea has fallen drastically in recent years, resulting in a shift of migratory routes (particularly towards the land border between Turkey and Greece), the Parliamentary Assembly, recalling, *inter alia*, its Resolution 1637 (2008) on Europe’s boat people: mixed migration flows by sea into southern Europe, once again expresses its deep concern over the measures taken to deal with the arrival by sea of these mixed migratory flows. Many people in distress at sea have been rescued and many attempting to reach Europe have been pushed back,

but the list of fatal incidents – as predictable as they are tragic – is a long one and it is currently getting longer on an almost daily basis.

4. Furthermore, recent arrivals in Italy and Malta following the turmoil in North Africa confirm that Europe must always be ready to face the possible large-scale arrival of irregular migrants, asylum-seekers and refugees on its southern shores.

5. The Assembly notes that measures to manage these maritime arrivals raise numerous problems, of which five are particularly worrying:

5.1. despite several relevant international instruments which are applicable in this area and which satisfactorily set out the rights and obligations of States and individuals applicable in this area, interpretations of their content appear to differ. Some States do not agree on the nature and extent of their responsibilities in specific situations and some States also call into question the application of the principle of non-refoulement on the high seas;

5.2. while the absolute priority in the event of interception at sea is the swift disembarkation of those rescued to a ‘place of safety’, the notion of ‘place of safety’ does not appear to be interpreted in the same way by all member States. Yet it is clear that the notion of ‘place of safety’ should not be restricted solely to the physical protection of people, but necessarily also entails respect for their fundamental rights;

5.3. divergences of this kind directly endanger the lives of the people to be rescued, in particular by delaying or preventing rescue measures, and they are likely to dissuade seafarers from rescuing people in distress at sea. Furthermore, they could result in a violation of the principle of non-refoulement in respect of a number of persons, including some in need of international protection;

5.4. although the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the member States of the European Union (Frontex) plays an ever increasing role in interception at sea, there are inadequate guarantees of respect for human rights and obligations arising under international and European Union law, in the context of the joint operations it coordinates;

5.5. finally, these sea arrivals place a disproportionate burden on the States located on the southern borders of the European Union. The goal of responsibilities being shared more fairly and greater solidarity in the migration sphere between European States is far from being attained.

6. The situation is rendered more complex by the fact that these migratory flows are of a mixed nature and therefore call for specialised and tailored protection-sensitive responses in keeping with the status of those rescued. To respond to sea arrivals adequately and in line with the relevant international standards, the States must take account of this aspect in their migration management policies and activities.

7. The Assembly reminds member States of their obligations under international law, including the European Convention on Human Rights (ETS No. 5), the United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982 and the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees, and particularly reminds them of the principle of *non-refoulement* and the right to seek asylum. The Assembly also reiterates the

obligations of the States Parties to the 1974 International Convention for the Safety of Life at Sea and the 1979 International Convention on Maritime Search and Rescue.

8. Finally and above all, the Assembly reminds member States that they have both a moral and legal obligation to save persons in distress at sea without the slightest delay, and unequivocally reiterates the interpretation given by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), which states that the principle of *non-refoulement* is equally applicable on the high seas. The high seas are not an area where States are exempt from their legal obligations, including those emerging from international human rights law and international refugee law.

9. Accordingly, the Assembly calls on member States, when conducting maritime border surveillance operations, whether in the context of preventing smuggling and trafficking in human beings or in connection with border management, be it in the exercise of *de jure* or *de facto* jurisdiction, to:

- 9.1. fulfil without exception and without delay their obligation to save people in distress at sea;
- 9.2. ensure that their border management policies and activities, including interception measures, recognise the mixed make-up of flows of individuals attempting to cross maritime borders;
- 9.3. guarantee for all intercepted persons humane treatment and systematic respect for their human rights, including the principle of non-refoulement, regardless of whether interception measures are implemented within their own territorial waters, those of another State on the basis of an ad hoc bilateral agreement, or on the high seas;
- 9.4. refrain from any practices that might be tantamount to direct or indirect refoulement, including on the high seas, in keeping with the UNHCR's interpretation of the extraterritorial application of that principle and with the relevant judgments of the European Court of Human Rights;
- 9.5. carry out as a priority action the swift disembarkation of rescued persons to a 'place of safety' and interpret a 'place of safety' as meaning a place which can meet the immediate needs of those disembarked and in no way jeopardises their fundamental rights, since the notion of 'safety' extends beyond mere protection from physical danger and must also take into account the fundamental rights dimension of the proposed place of disembarkation;
- 9.6. guarantee access to a fair and effective asylum procedure for those intercepted who are in need of international protection;
- 9.7. guarantee access to protection and assistance, including to asylum procedures, for those intercepted who are victims of human trafficking or at risk of being trafficked;
- 9.8. ensure that the placement in a detention facility of those intercepted – always excluding minors and vulnerable categories – regardless of their status, is authorised by the judicial authorities and occurs only where necessary and on grounds prescribed

by law, that there is no other suitable alternative and that such placement conforms to the minimum standards and principles set forth in Assembly Resolution 1707 (2010) on the detention of asylum-seekers and irregular migrants in Europe;

9.9. suspend any bilateral agreements they may have concluded with third States if the human rights of those intercepted are not appropriately guaranteed therein, particularly the right of access to an asylum procedure, and wherever these might be tantamount to a violation of the principle of non-refoulement, and conclude new bilateral agreements specifically containing such human rights guarantees and measures for their regular and effective monitoring;

9.10. sign and ratify, if they have not already done so, the aforementioned relevant international instruments and take account of the International Maritime Organization (IMO) Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea;

9.11. sign and ratify, if they have not already done so, the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings (CETS No. 197) and the so-called 'Palermo Protocols' to the United Nations Convention against Transnational Organised Crime (2000);

9.12. ensure that maritime border surveillance operations and border control measures do not affect the specific protection afforded under international law to vulnerable categories such as refugees, stateless persons, women and unaccompanied children, migrants, victims of trafficking or at risk of being trafficked, or victims of torture and trauma.

10. The Assembly is concerned about the lack of clarity regarding the respective responsibilities of European Union States and Frontex and the absence of adequate guarantees for the respect of fundamental rights and international standards in the framework of joint operations coordinated by that agency. While the Assembly welcomes the proposals presented by the European Commission to amend the rules governing that agency, with a view to strengthening guarantees of full respect for fundamental rights, it considers them inadequate and would like the European Parliament to be entrusted with the democratic supervision of the agency's activities, particularly where respect for fundamental rights is concerned.

11. The Assembly also considers it essential that efforts be made to remedy the prime causes prompting desperate individuals to risk their lives by boarding boats bound for Europe. The Assembly calls on all member States to step up their efforts to promote peace, the rule of law and prosperity in the countries of origin of potential immigrants and asylum-seekers.

12. Finally, in view of the serious challenges posed to coastal States by the irregular arrival by sea of mixed flows of individuals, the Assembly calls on the international community, particularly the IMO, the UNHCR, the International Organization for Migration (IOM), the Council of Europe and the European Union (including Frontex and the European Asylum Support Office) to:

12.1. provide any assistance required to those States in a spirit of solidarity and sharing of responsibilities;

12.2. under the auspices of the IMO, make concerted efforts to ensure a consistent and harmonised approach to international maritime law through, inter alia, agreement on the definition and content of the key terms and norms;

12.3. establish an inter-agency group with the aim of studying and resolving the main problems in the area of maritime interception, including the five problems identified in the present resolution, setting clear policy priorities, providing guidance to States and other relevant actors, and monitoring and evaluating the use of maritime interception measures. The group should be made up of members of the IMO, the UNHCR, the IOM, the Council of Europe, Frontex and the European Asylum Support Office.”

F. European Union law

1. Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000)

28. Article 19 of the Charter provides:

Protection in the event of removal, expulsion or extradition

“1. Collective expulsions are prohibited.

2. No one may be removed, expelled or extradited to a State where there is a serious risk that he or she would be subjected to the death penalty, torture or other inhuman or degrading treatment or punishment.”

2. 1985 Schengen Agreement

29. Article 17 of the Agreement provides:

“In regard to the movement of persons, the Parties shall endeavour to abolish the controls at the common frontiers and transfer them to their external frontiers. To that end, they shall endeavour to harmonise in advance, where necessary, the laws and administrative provisions concerning the prohibitions and restrictions which form the basis for the controls and to take complementary measures to safeguard security and combat illegal immigration by nationals of States that are not members of the European Communities.”

3. Council Regulation (EC) no. 2007/2004 of 26 October 2004 establishing a European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (Frontex)

30. Regulation (EC) No. 2007/2004 contains the following provisions:

“(1) Community policy in the field of the EU external borders aims at an integrated management ensuring a uniform and high level of control and surveillance, which is a necessary corollary to the free movement of persons within the European Union and a fundamental component of an area of freedom, security and justice. To this end,

the establishment of common rules on standards and procedures for the control of external borders is foreseen.

(2) The efficient implementation of the common rules calls for increased coordination of the operational cooperation between the Member States.

(3) Taking into account the experiences of the External Borders Practitioners' Common Unit, acting within the Council, a specialised expert body tasked with improving the coordination of operational cooperation between Member States in the field of external border management should therefore be established in the shape of a European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (hereinafter referred to as the Agency).

(4) The responsibility for the control and surveillance of external borders lies with the Member States. The Agency should facilitate the application of existing and future Community measures relating to the management of external borders by ensuring the coordination of Member States' actions in the implementation of those measures.

(5) Effective control and surveillance of external borders is a matter of the utmost importance to Member States regardless of their geographical position. Accordingly, there is a need for promoting solidarity between Member States in the field of external border management. The establishment of the Agency, assisting Member States with implementing the operational aspects of external border management, including return of third-country nationals illegally present in the Member States, constitutes an important step in this direction."

4. Regulation (EC) No. 562/2006 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 establishing a Community Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code)

31. Article 3 of Regulation (EC) No. 562/2006 provides:

"This Regulation shall apply to any person crossing the internal or external borders of Member States, without prejudice to:

- (a) the rights of persons enjoying the Community right of free movement;
- (b) the rights of refugees and persons requesting international protection, in particular as regards *non-refoulement*."

5. Council Decision of 26 April 2010 supplementing the Schengen Borders Code as regards the surveillance of the sea external borders in the context of operational cooperation coordinated by the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (2010/252/EU)

32. The Annex to the Council Decision of 26 April 2010 states:

"Rules for sea border operations coordinated by the Agency [Frontex]

1. General principles

1.1. Measures taken for the purpose of the surveillance operation shall be conducted in accordance with fundamental rights and in a way that does not put at risk the safety of the persons intercepted or rescued as well as of the participating units.

1.2. No person shall be disembarked in, or otherwise handed over to the authorities of, a country in contravention of the principle of *non-refoulement*, or from which there is a risk of expulsion or return to another country in contravention of that principle. Without prejudice to paragraph 1.1, the persons intercepted or rescued shall be informed in an appropriate way so that they can express any reasons for believing that disembarkation in the proposed place would be in breach of the principle of *non-refoulement*.

1.3. The special needs of children, victims of trafficking, persons in need of urgent medical assistance, persons in need of international protection and other persons in a particularly vulnerable situation shall be considered throughout all the operation.

1.4. Member States shall ensure that border guards participating in the surveillance operation are trained with regard to relevant provisions of human rights and refugee law, and are familiar with the international regime on search and rescue.”

IV. INTERNATIONAL MATERIAL CONCERNING INTERCEPTIONS ON THE HIGH SEAS CARRIED OUT BY ITALY AND THE SITUATION IN LIBYA

A. Press Release of the United Nations High Commissioner for Refugees

33. On 7 May 2009 UNHCR published the following press release:

“UNHCR expressed deep concern Thursday over the fate of some 230 people who were rescued Wednesday by Italian patrol boats in the Maltese Search and Rescue Region (SAR) of responsibility and sent back to Libya without proper assessment of their possible protection needs. The rescue took place about 35 nautical miles south-east of the Italian island of Lampedusa, but within the Maltese SAR zone.

The diversion to Libya followed a day of heated discussions between Maltese and Italian authorities about who was responsible for the rescue and disembarkation of the people on the three boats, which were in distress. Although closer to Lampedusa, the vessels were in the Maltese search and rescue area of responsibility.

While no information is available on the nationalities of those aboard the vessels, it is likely that among them are people in need of international protection. In 2008, an estimated 75 percent of sea arrivals in Italy applied for asylum and 50 percent of them were granted some form of protection.

‘I appeal to the Italian and Maltese authorities to continue to ensure that people rescued at sea and in need of international protection receive full access to territory and asylum procedures,’ UN High Commissioner for Refugees António Guterres said.

The incident marks a significant shift in policies by the Italian government and is a source of very serious concern. UNHCR deeply regrets the lack of transparency which surrounded the event.

‘We have been working closely with the Italian authorities in Lampedusa and elsewhere to ensure that people fleeing war and persecution are protected in line with the 1951 Geneva Convention,’ said Laurens Jolles, UNHCR’s Rome-based representative. ‘It is of fundamental importance that the international principle of *non-refoulement* continues to be fully respected.’

In addition, Libya has not signed the 1951 UN Refugee Convention, and does not have a functioning national asylum system. UNHCR urges Italian authorities to reconsider their decision and to avoid repeating such measures.”

B. Letter of 15 July 2009 from Mr Jacques Barrot, Vice-President of the European Commission

34. On 15 July 2009 Mr Jacques Barrot wrote to the President of the European Parliament Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs in response to a request for a legal opinion on the “return to Libya by sea of various groups of migrants by the Italian authorities”. In that letter, the Vice-President of the European Commission expressed himself as follows:

“According to information available to the Commission, the migrants concerned were intercepted on the high seas.

Two sets of Community rules must be examined concerning the situation of nationals of third countries or stateless persons attempting to enter, unlawfully, the territory of member States, some of whom might be in need of international protection.

Firstly, the Community *acquis* in the field of asylum is intended to safeguard the right of asylum, as set forth in Article 18 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, and in accordance with the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees and with other relevant treaties. However, that *acquis*, including the 2005 Asylum Procedures Directive, applies only to asylum applications made on the territory of Member States, which includes the borders, transit areas and, in the context of maritime borders, territorial waters of Member States. Consequently, it is clear from a legal standpoint that the Community *acquis* in the field of asylum does not apply to situations on the high seas.

Secondly, the Schengen Borders Code (SBC) requires that Member States conduct border surveillance to prevent, *inter alia*, unauthorised border crossings (Article 12 of EC Regulation No. 562/2006 (SBC)). However, that Community obligation must be fulfilled in compliance with the principle of *non-refoulement* and without prejudice to the rights of refugees and other people requesting international protection.

The Commission is of the opinion that border surveillance activities conducted at sea, whether in territorial waters, the contiguous zone, the exclusive economic zone or

on the high seas, fall within the scope of application of the SBC. In that connection, our preliminary legal analysis would suggest that the activities of the Italian border guards correspond to the notion of ‘border surveillance’ as set forth in Article 12 of the SBC, because they prevented the unauthorised crossing of an external sea border by the persons concerned and resulted in them being returned to the third country of departure. According to the case-law of the European Court of Justice, Community obligations must be applied in strict compliance with the fundamental rights forming part of the general principles of Community law. The Court has also clarified that the scope of application of those rights in the Community legal system must be determined taking account of the case-law of the European Court of Human Rights (ECHR).

The principle of *non-refoulement*, as interpreted by the ECHR, essentially means that States must refrain from returning a person (directly or indirectly) to a place where he or she could face a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment. Furthermore, States may not send refugees back to territories where their life or freedom would be threatened for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion. That obligation must be fulfilled when carrying out any border control in accordance with the SBC, including border surveillance activities on the high seas. The case-law of the ECHR provides that acts carried out on the high seas by a State vessel constitute cases of extraterritorial jurisdiction and may engage the responsibility of the State concerned.

Having regard to the foregoing concerning the scope of Community jurisdiction, the Commission has invited the Italian authorities to provide it with additional information concerning the actual circumstances of the return of the persons concerned to Libya and the provisions put in place to ensure compliance with the principle of *non-refoulement* when implementing the bilateral agreement between the two countries.”

C. Report of the Council of Europe’s Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading treatment or Punishment (CPT)

35. From 27 to 31 July 2009 a delegation from the CPT visited Italy. During that visit the delegation looked into various issues arising from the new governmental policy of intercepting at sea, and returning to Libya, migrants approaching Italy’s southern maritime border. In particular, the delegation focused on the system of safeguards in place to ensure that no one was sent to a country where there were substantial grounds for believing that he or she would run a real risk of being subjected to torture or ill-treatment.

36. In its report, made public on 28 April 2010, the CPT expressed the opinion that Italy’s policy of intercepting migrants at sea and obliging them to return to Libya or other non-European countries violated the principle of *non-refoulement*. The Committee emphasised that Italy was bound by the principle of *non-refoulement* wherever it exercised its jurisdiction,

which included via its personnel and vessels engaged in border protection or rescue at sea, even when operating outside its territory. Moreover, all persons coming within Italy's jurisdiction should be afforded an appropriate opportunity and facilities to seek international protection. The information available to the CPT indicated that no such opportunity or facilities were afforded to the migrants intercepted at sea by the Italian authorities during the period examined. On the contrary, the persons who were pushed back to Libya in the operations carried out from May to July 2009 were denied the right to obtain an individual assessment of their case and effective access to the refugee-protection system. In that connection, the CPT observed that persons surviving a sea voyage were particularly vulnerable and often not in a condition in which they should be expected to declare immediately their wish to apply for asylum.

According to the CPT report, Libya could not be considered a safe country in terms of human rights and refugee law; the situation of persons arrested and detained in Libya, including that of migrants – who were also exposed to being deported to other countries – indicated that the persons pushed back to Libya were at risk of ill-treatment.

D. The report by Human Rights Watch

37. In a lengthy report published on 21 September 2009 and entitled "*Pushed Back, Pushed Around: Italy's Forced Return of Boat Migrants and Asylum Seekers, Libya's Mistreatment of Migrants and Asylum Seekers*", Human Rights Watch condemned the Italian practice of intercepting boats full of migrants on the high seas and pushing them back to Libya without the required screening. That report was also based on the results of research published in a 2006 report entitled "*Libya: Stemming the Flow: Abuses Against Migrants, Asylum Seekers and Refugees*".

38. According to Human Rights Watch, Italian patrol boats towed migrant boats from international waters without determining whether some might contain refugees, sick or injured persons, pregnant women, unaccompanied children, or victims of trafficking or other forms of violence. The Italian authorities forced the boat migrants onto Libyan vessels or took the migrants directly back to Libya, where the authorities immediately detained them. Some of the operations were coordinated by Frontex.

The report was based on interviews with ninety-one migrants, asylum-seekers, and refugees in Italy and Malta, conducted mostly in May 2009, and one telephone interview with a migrant detainee in Libya. Representatives of Human Rights Watch visited Libya in April and met with government officials, but the Libyan authorities would not permit the organisation to interview migrants privately. Moreover, the authorities did not allow

Human Rights Watch to visit any of the many migrant detention centres in Libya, despite repeated requests.

UNHCR now has access to Misrata Prison, at which clandestine migrants are generally held, and Libyan organisations provide humanitarian services there. However, there is no formal agreement, and thus no guaranteed access. Furthermore, Libya has no asylum law. The authorities make no distinction between refugees, asylum-seekers and other clandestine migrants.

39. Human Rights Watch urged the Libyan government to improve the deplorable conditions of detention in Libya and to establish asylum procedures that conformed to international refugee standards. It also called on the Italian government, the European Union and Frontex to ensure access to asylum, including for those intercepted on the high seas, and to refrain from returning non-Libyans to Libya until the latter's treatment of migrants, asylum-seekers and refugees fully met international standards.

E. Amnesty International's visit

40. A team from Amnesty International carried out a fact-finding visit to Libya from 15 to 23 May 2009, the first such visit to the country by the organisation that the Libyan authorities had permitted since 2004.

During that visit, Amnesty International visited Misrata Detention Centre, some 200 km from Tripoli, in which several hundred irregular migrants from other African countries were held in severely overcrowded conditions, and briefly interviewed several of those held there. Many had been detained since they were intercepted while seeking to make their way to Italy or other countries in southern Europe which look to Libya and other north African countries to staunch the flow of irregular migrants from sub-Saharan Africa to Europe.

41. Amnesty International considered it possible that detainees at Misrata might include refugees fleeing persecution and stressed that, as Libya had no asylum procedure and was not a party to the Refugee Convention or its 1967 Protocol, foreigners, including those in need of international protection, might find themselves outside the protection of the law. There was also virtually no opportunity for detainees to lodge complaints of torture and other ill-treatment with the competent judicial authorities.

In its meetings with Libyan government officials, Amnesty International expressed concern about the detention and alleged ill-treatment of hundreds, possibly thousands, of foreign nationals whom the authorities assumed to be irregular migrants and urged them to put in place proper procedures to identify asylum-seekers and refugees and afford them appropriate protection. Amnesty International also urged the Libyan authorities to cease forcible returns of foreign nationals to countries in which they were

at risk of serious human rights violations and to find a better alternative to detention for those foreigners whom they were not able to return to their countries of origin for this reason. Some of the Eritrean nationals who comprised a sizeable proportion of the foreign nationals detained at Misrata told Amnesty International that they had been held there for two years.

V. OTHER INTERNATIONAL MATERIAL DESCRIBING THE SITUATION IN LIBYA

42. In addition to those cited above, numerous reports have been published by national and international organisations and by non-governmental organisations, condemning the conditions of detention and the living conditions of irregular migrants in Libya.

The principal reports are:

- (i) Human Rights Watch, "Stemming the Flow: Abuses Against Migrants, Asylum Seekers and Refugees", 13 September 2006;
- (ii) United Nations Human Rights Committee, "Concluding Observations. Libyan Arab Jamahiriya", 15 November 2007;
- (iii) Amnesty International, "Libya – Amnesty International Report 2008", 28 May 2008;
- (iv) Human Rights Watch, "Libya: Rights at Risk", 2 September 2008;
- (v) US Department of State, "2010 Human Rights Report: Libya", 8 April 2010.

VI. INTERNATIONAL MATERIAL DESCRIBING THE SITUATION IN SOMALIA AND ERITREA

43. The main international documents concerning the situation in Somalia were submitted in *Sufi and Elmi v. the United Kingdom* (nos. 8319/07 and 11449/07, §§ 80-195, 28 June 2011).

44. Various reports condemn human rights violations perpetrated in Eritrea. They detail serious human rights violations by the Eritrean government, namely arbitrary arrests, torture, inhuman conditions of detention, forced labour and serious restrictions on the freedom of movement, expression and religion. Those documents also analyse the difficult situation of Eritreans who manage to escape to other countries such as Libya, Sudan, Egypt and Italy and are subsequently forcibly repatriated.

The principal reports are:

- (i) UNHCR, "Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-Seekers from Eritrea", April 2009;
- (ii) Amnesty International, "Eritrea – Amnesty International Report 2009", 28 May 2009;

- (iii) Human Rights Watch, “Service for Life – State Repression and Indefinite Conscription in Eritrea”, April 2009;
- (iv) Human Rights Watch, “Libya: Don’t Send Eritreans Back to Risk of Torture”, 15 January 2010;
- (v) Human Rights Watch, “World Report 2010: Eritrea”, January 2010.

THE LAW

I. PRELIMINARY ISSUES RAISED BY THE GOVERNMENT

A. Validity of the powers of attorney and further consideration of the application

1. Issues raised by the Government

45. The Government challenged the validity in various respects of the powers of attorney provided by the applicants’ representatives. Firstly, they alleged that the majority of the powers of attorney contained formal defects, namely:

- (i) no particulars regarding date and place and, in some cases, the fact that the date and the place appeared to have been written by the same person;
- (ii) no reference to the application number;
- (iii) the fact that the applicants’ identities were indicated solely by family name, first name, nationality, an illegible signature and a fingerprint, which was often partial or difficult to make out;
- (iv) no details of the applicants’ dates of birth.

46. The Government then submitted that the application contained no information as to the circumstances in which the powers of attorney had been drafted, thus casting doubt on their validity, nor any information concerning steps taken by the applicants’ representatives to establish the identity of their clients. The Government also challenged the quality of existing contact between the applicants and their representatives. They alleged, in particular, that electronic messages sent by the applicants after their transfer to Libya did not bear signatures that could be compared against those appearing on the powers of attorney. In the Government’s view, the problems encountered by the lawyers in establishing and maintaining contact with the applicants precluded an adversarial examination of the case.

47. That being the case, because it was impossible to identify the applicants and because the applicants were not “participating in the case in

person”, the Court should cease its examination of the case. Referring to the case of *Hussun and Others v. Italy* ((striking out), nos. 10171/05, 10601/05, 11593/05 and 17165/05, 19 January 2010), the Government requested that the Court strike the case out of the list.

2. The applicants’ submissions

48. The applicants’ representatives argued that the powers of attorney were valid. They asserted, firstly, that the formal defects alleged by the Government were not such as to render null and void the authority granted to them by their clients.

49. As regards the circumstances in which the powers of attorney had been drafted, they argued that the authorities had been drawn up by the applicants upon their arrival in Libya, with the assistance of members of humanitarian organisations operating in the various detention centres. The latter subsequently took care of contacting the applicants’ representatives and forwarding the powers of attorney to them for them to sign and accept the authority granted.

50. They argued that the problems relating to identification of the parties concerned were the direct result of the subject matter of the application, namely a collective push-back operation in which no steps had been taken beforehand to identify the clandestine migrants. Whatever the circumstances, the lawyers drew the Court’s attention to the fact that a significant number of the applicants had been identified by the UNHCR office in Tripoli following their arrival in Libya.

51. Lastly, the lawyers stated that they had remained in contact with some of the applicants, who could be contacted by telephone and by e-mail. They pointed out the serious difficulties they faced in maintaining contact with the applicants, in particular because of the violence which had been rife in Libya since February 2011.

3. The Court’s assessment

52. The Court reiterates at the outset that the representative of the applicant must produce “a power of attorney or written authority to act” (Rule 45 § 3 of the Rules of Court). Therefore, a simple written authority would be valid for the purposes of the proceedings before the Court, in so far as it has not been shown that it was made without the applicant’s understanding and consent (see *Velikova v. Bulgaria*, no. 41488/98, § 50, ECHR 2000-VI).

53. Furthermore, neither the Convention nor the Rules of Court impose any specific requirements on the manner in which the authority

form must be drafted or require any form of certification of that document by any national authority. What is important for the Court is that the form of authority should clearly indicate that the applicant has entrusted his or her representation before the Court to a representative and that the representative has accepted that commission (see *Ryabov v. Russia*, no. 3896/04, §§ 40 and 43, 31 January 2008).

54. In the instant case, the Court observes that all the powers of attorney included in the case file are signed and bear fingerprints. Moreover, the applicants' lawyers have provided detailed information throughout the proceedings concerning the facts and the fate of the applicants with whom they have been able to maintain contact. There is nothing in the case file that could call into question the lawyers' account or the exchange of information with the Court (see, conversely, *Hussun and Others*, cited above, §§ 43-50).

55. In the circumstances, the Court has no reason to doubt the validity of the powers of attorney. Consequently, it rejects the Government's objection.

56. Furthermore, the Court notes that, according to the information provided by the lawyers, two of the applicants, Mr Mohamed Abukar Mohamed and Mr Hasan Shariff Abbirahman (nos. 10 and 11 on the list respectively), died shortly after the application was lodged (see paragraph 15 above).

57. It points out that the practice of the Court is to strike applications out of the list when an applicant dies during the course of the proceedings and no heir or close relative wishes to pursue the case (see, among other authorities, *Scherer v. Switzerland*, 25 March 1994, §§ 31-32, Series A no. 287; *Öhlinger v. Austria*, no. 21444/93, Commission's report of 14 January 1997, § 15, unreported; *Thévenon v. France* (dec.), no. 2476/02, ECHR 2006-III; and *Léger v. France* (striking out) [GC], no. 19324/02, § 44, 30 March 2009).

58. In the light of the circumstances of the case, the Court considers that it is no longer justified to continue the examination of the application as regards the deceased (Article 31 § 1 (c) of the Convention). Furthermore, it points out that the complaints initially lodged by Mr Mohamed Abukar Mohamed and Mr Hasan Shariff Abbirahman are identical to those submitted by the other applicants, on which it will express its opinion below. In those circumstances, the Court sees no grounds relating to respect for human rights secured by the Convention and its Protocols which, in accordance with Article 37 § 1 *in fine*, would require continuation of the examination of the deceased applicants' application.

59. In conclusion, the Court decides to strike the case out of the list in so far as it concerns Mr Mohamed Abukar Mohamed and Mr Hasan

Shariff Abbirahman, and to pursue the examination of the remainder of the application.

B. Exhaustion of domestic remedies

60. At the hearing before the Grand Chamber, the Government submitted that the application was inadmissible because domestic remedies had not been exhausted. They claimed that the applicants had failed to apply to the Italian courts to seek acknowledgment of and compensation for the alleged violations of the Convention.

61. In the Government's view, the applicants, now free to move around and in a position to contact their lawyers in the context of the proceedings before the Court, should have lodged proceedings with the Italian criminal courts to complain of violations of domestic and international law by the military personnel involved in their removal. Criminal proceedings were currently under way in similar cases and that type of remedy was "effective".

62. The Court notes that the applicants also complained that they were not afforded a remedy satisfying the requirements of Article 13 of the Convention. It considers that there is a close connection between the Government's argument on this point and the merits of the complaints made by the applicants under Article 13 of the Convention. It therefore takes the view that it is necessary to join this objection to the merits of the complaints lodged under Article 13 of the Convention and to examine the application in this context (see paragraph 207 below).

II. THE ISSUE OF JURISDICTION UNDER ARTICLE 1 OF THE CONVENTION

63. Article 1 of the Convention provides:

"The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of [the] Convention."

A. The parties' submissions

1. The Government

64. The Government acknowledged that the events in question had taken place on board Italian military ships. However, they denied that the Italian authorities had exercised "absolute and exclusive control" over the applicants.

65. They submitted that the vessels carrying the applicants had been intercepted in the context of the rescue on the high seas of persons in distress – which is an obligation imposed by international law, namely,

the United Nations Convention on the Law of the Sea (“the Montego Bay Convention”) – and could in no circumstances be described as a maritime police operation.

The Italian ships had confined themselves to intervening to assist the three vessels in distress and ensuring the safety of the persons on board. They had then accompanied the intercepted migrants to Libya in accordance with the bilateral agreements of 2007 and 2009. The Government argued that the obligation to save human lives on the high seas, as required under the Montego Bay Convention, did not in itself create a link between the State and the persons concerned establishing the State’s jurisdiction.

66. As regards the applicants’ “rescue”, which in total had lasted no more than ten hours, the authorities had provided the parties concerned with the necessary humanitarian and medical assistance and had in no circumstances used violence; they had not boarded the boats and had not used weapons. The Government concluded that the instant application differed from the case of *Medvedyev and Others v. France* ([GC], no. 3394/03, ECHR 2010), in which the Court had affirmed that the applicants fell under French jurisdiction having regard to the full and exclusive nature of the control exercised by France over a vessel on the high seas and over its crew.

2. The applicants

67. The applicants submitted that there was no question, in the instant case, but that Italy had jurisdiction. As soon as they had boarded the Italian ships, they had been under the exclusive control of Italy, which had therefore been bound to fulfil all the obligations arising out of the Convention and the Protocols thereto.

They pointed out that Article 4 of the Italian Navigation Code expressly provided that vessels flying the Italian flag fell within Italian jurisdiction, even when sailing outside territorial waters.

3. Third-party interveners

68. The third-party interveners considered that, in accordance with the principles of customary international law and the Court’s case-law, the obligation on States not to return asylum-seekers, even “potential” asylum-seekers, and to ensure that they had access to a fair hearing were extraterritorial in their scope.

69. Under international law concerning the protection of refugees, the decisive test in establishing the responsibility of a State was not whether the person being returned was on the territory of a State but whether that person fell under the effective control and authority of that State.

The third-party interveners referred to the Court's case-law concerning Article 1 of the Convention and the extraterritorial scope of the notion of "jurisdiction", and to the conclusions of other international authorities. They stressed the importance of avoiding double standards in the field of safeguarding human rights and ensuring that a State was not authorised to commit acts outside its territory which would never be accepted within that territory.

B. The Court's assessment

1. General principles governing jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention

70. Under Article 1 of the Convention, the undertaking of the Contracting States is to "secure" ("reconnaitre" in French) to everyone within their "jurisdiction" the rights and freedoms defined in Section I of the Convention (see *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, § 86, Series A no. 161, and *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.), [GC], no. 52207/99, § 66, ECHR 2001-XII). The exercise of jurisdiction is a necessary condition for a Contracting State to be able to be held responsible for acts or omissions imputable to it which give rise to an allegation of the infringement of rights and freedoms set forth in the Convention (see *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], no. 48787/99, § 311, ECHR 2004-VII).

71. The jurisdiction of a State, within the meaning of Article 1, is essentially territorial (see *Banković and Others*, cited above, §§ 61 and 67, and *Ilaşcu and Others*, cited above, § 312). It is presumed to be exercised normally throughout the State's territory (loc. cit., and see *Assanidze v. Georgia* [GC], no. 71503/01, § 139, ECHR 2004-II).

72. In keeping with the essentially territorial notion of jurisdiction, the Court has accepted only in exceptional cases that acts of the Contracting States performed, or producing effects, outside their territories can constitute an exercise of jurisdiction by them within the meaning of Article 1 of the Convention (see *Drozd and Janousek v. France and Spain*, 26 June 1992, § 91, Series A no. 240; *Banković and Others*, cited above, § 67; and *Ilaşcu and Others*, cited above, § 314).

73. In its first judgment in *Loizidou v. Turkey*, the Court ruled that bearing in mind the object and purpose of the Convention the responsibility of a Contracting Party may also arise when as a consequence of military action – whether lawful or unlawful – it exercises effective control of an area outside its national territory ((preliminary objections), 23 March 1995, § 62, Series A no. 310), which is however ruled out when, as in *Banković and*

Others, only an instantaneous extraterritorial act is in issue, since the wording of Article 1 does not accommodate such an approach to “jurisdiction” (cited above, § 75). In each case, the question whether exceptional circumstances exist which require and justify a finding by the Court that the State was exercising jurisdiction extraterritorially must be determined with reference to the particular facts, for example full and exclusive control over a prison or a ship (see *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 55721/07, § 132 and 136, ECHR 2011, and *Medvedyev and Others*, cited above, § 67).

74. Whenever the State through its agents operating outside its territory exercises control and authority over an individual, and thus jurisdiction, the State is under an obligation under Article 1 to secure to that individual the rights and freedoms under Section I of the Convention that are relevant to the situation of that individual. In this sense, therefore, the Court has now accepted that Convention rights can be “divided and tailored” (see *Al-Skeini and Others*, cited above, § 136-37; compare *Banković and Others*, cited above, § 75).

75. There are other instances in the Court’s case-law of the extraterritorial exercise of jurisdiction by a State in cases involving the activities of its diplomatic or consular agents abroad and on board craft and vessels registered in, or flying the flag of, that State. In these specific situations, the Court, basing itself on customary international law and treaty provisions, has recognised the extraterritorial exercise of jurisdiction by the relevant State (see *Banković and Others*, cited above, § 73, and *Medvedyev and Others*, cited above, § 65).

2. Application to the instant case

76. It is not disputed before the Court that the events in issue occurred on the high seas, on board military ships flying the Italian flag. The Government acknowledge, furthermore, that the Revenue Police and Coastguard ships onto which the applicants were embarked were fully within Italian jurisdiction.

77. The Court observes that, by virtue of the relevant provisions of the law of the sea, a vessel sailing on the high seas is subject to the exclusive jurisdiction of the State of the flag it is flying. This principle of international law has led the Court to recognise, in cases concerning acts carried out on board vessels flying a State’s flag, in the same way as registered aircraft, cases of extraterritorial exercise of the jurisdiction of that State (see paragraph 75 above). Where there is control over another, this is *de jure* control exercised by the State in question over the individuals concerned.

78. The Court observes, furthermore, that the above-mentioned principle is enshrined in domestic law in Article 4 of the Italian Navigation

Code and is not disputed by the Government (see paragraph 18 above). It concludes that the instant case does indeed constitute a case of extraterritorial exercise of jurisdiction by Italy capable of engaging that State's responsibility under the Convention.

79. Moreover, Italy cannot circumvent its "jurisdiction" under the Convention by describing the events in issue as rescue operations on the high seas. In particular, the Court cannot subscribe to the Government's argument that Italy was not responsible for the fate of the applicants on account of the allegedly minimal control exercised by the authorities over the parties concerned at the material time.

80. In that connection, it is sufficient to observe that in *Medvedyev and Others*, cited above, the events in issue took place on board the *Winner*, a vessel flying the flag of a third State but whose crew had been placed under the control of French military personnel. In the particular circumstances of that case, the Court examined the nature and scope of the actions carried out by the French officials in order to ascertain whether there was at least *de facto* continued and uninterrupted control exercised by France over the *Winner* and its crew (*ibid.*, §§ 66-67).

81. The Court observes that in the instant case the events took place entirely on board ships of the Italian armed forces, the crews of which were composed exclusively of Italian military personnel. In the Court's opinion, in the period between boarding the ships of the Italian armed forces and being handed over to the Libyan authorities, the applicants were under the continuous and exclusive *de jure* and *de facto* control of the Italian authorities. Speculation as to the nature and purpose of the intervention of the Italian ships on the high seas would not lead the Court to any other conclusion.

82. Accordingly, the events giving rise to the alleged violations fall within Italy's "jurisdiction" within the meaning of Article 1 of the Convention.

III. ALLEGED VIOLATIONS OF ARTICLE 3 OF THE CONVENTION

83. The applicants complained that they had been exposed to the risk of torture or inhuman or degrading treatment in Libya and in their respective countries of origin, namely Eritrea and Somalia, as a result of having been returned. They relied on Article 3 of the Convention which provides:

"No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment."

84. The Court observes that two different aspects of Article 3 of the Convention are in issue and must be examined separately: firstly, the risk that the applicants would suffer inhuman and degrading treatment in Libya;

and secondly, the danger of being returned to their respective countries of origin.

A. Alleged violation of Article 3 of the Convention on account of the applicants having been exposed to the risk of inhuman and degrading treatment in Libya

1. The parties' submissions

(a) The applicants

85. The applicants alleged that they had been the victims of an arbitrary *refoulement*, in violation of the Convention. They stated that they had not been afforded the opportunity to challenge their return to Libya and to request international protection from the Italian authorities.

86. Having been given no information concerning their true destination, the applicants had been convinced, throughout the voyage aboard the Italian ships, that they were being taken to Italy. They claimed to have been the victims of a real “deception” in that regard on the part of the Italian authorities.

87. No procedure to identify the intercepted migrants and to gather information as to their personal circumstances had been possible aboard the ships. In those circumstances, no formal request for asylum could have been made. Nevertheless, upon approaching the Libyan coast, the applicants and a substantial number of other migrants had asked the Italian military personnel not to disembark them at the port of Tripoli, from where they had just fled, and to take them to Italy.

The applicants affirmed that they had quite clearly expressed their wish not to be handed over to the Libyan authorities. They challenged the Government’s contention that such a request could not be considered to be a request for international protection.

88. The applicants then argued that they had been returned to a country where there were sufficient reasons to believe that they would be subjected to treatment in breach of the Convention. Many international sources had reported the inhuman and degrading conditions in which irregular migrants, notably of Somali and Eritrean origin, were held in Libya and the precarious living conditions experienced by clandestine migrants in that country.

In that connection, the applicants referred to the Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) report of April 2010 and the texts and documents produced by the third parties concerning the situation in Libya.

89. In their view, Italy could not have been unaware of that increasingly worsening situation when it signed the bilateral agreements with Libya and carried out the push-back operations in issue.

90. Furthermore, the applicants' fears and concerns had proved to be well-founded. They had all reported inhuman and degrading conditions of detention and, following their release, precarious living conditions associated with their status as illegal immigrants.

91. The applicants argued that the decision to push back to Libya clandestine migrants intercepted on the high seas was a genuine political choice on the part of Italy, aimed at giving the police the main responsibility for controlling illegal immigration, in disregard of the protection of the fundamental rights of the people concerned.

(b) The Government

92. The Government argued, firstly, that the applicants had not adequately proved that they had been subjected to treatment allegedly in contravention of the Convention. They could not therefore be considered to be "victims" within the meaning of Article 34 of the Convention.

93. They went on to argue that the applicants had been transferred to Libya in accordance with the bilateral agreements signed by Italy and Libya in 2007 and 2009. Those bilateral agreements were a response to increasing migratory flows between Africa and Europe and had been signed in a spirit of cooperation between two countries engaged in combating clandestine immigration.

94. The bodies of the European Union had, on numerous occasions, encouraged cooperation between Mediterranean countries in controlling migration and combating crimes associated with clandestine immigration. The Government referred, in particular, to European Parliament Resolution No. 2006/2250 and to the European Pact on Immigration and Asylum adopted by the Council of the European Union on 24 September 2008, which affirmed the need for European Union States to cooperate and establish partnerships with countries of origin and transit in order to strengthen control of the European Union's external borders and to combat illegal immigration.

95. The Government submitted that the events of 6 May 2009, which gave rise to this application, had been conducted in the context of a rescue operation on the high seas in accordance with international law. They stated that Italian military ships had intervened in a manner consistent with the Montego Bay Convention and the International Convention on Maritime Search and Rescue ("the SAR Convention") in dealing with the situation of

immediate danger that the vessels had been in and saving the lives of the applicants and the other migrants.

In the Government's view, the legal system prevailing on the high seas was characterised by the principle of freedom of navigation. In that context, it was not necessary to identify the parties concerned. The Italian authorities had merely provided the necessary humanitarian assistance. Identity checks of the applicants had been kept to a minimum because no maritime police operation on board the ships had been envisaged.

96. At no time during their transfer to Libya had the applicants expressed their intention to apply for political asylum or any other form of international protection. The Government argued that a request made by the applicants not to be handed over to the Libyan authorities could not be interpreted as a request for asylum.

In that regard they stated that, had the parties concerned asked for asylum, they would have been taken to Italian territory, as had been the case in other high-seas operations conducted in 2009.

97. The Government also argued that Libya was a safe host country. In support of that statement, they referred to the fact that Libya had ratified the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights, the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment and the African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa. They also referred to Libya's membership of the International Organization for Migration (IOM).

Though not a party to the United Nations Convention relating to the Status of Refugees, Libya had nevertheless authorised UNHCR and the IOM to open offices in Tripoli, thus allowing numerous applicants to be granted refugee status and guaranteed international protection.

98. The Government drew the Court's attention to the fact that, when Libya ratified the 2008 Treaty on Friendship, Partnership and Cooperation, it expressly undertook to comply with the principles of the United Nations Charter and the Universal Declaration of Human Rights. Italy had had no reason to believe that Libya would evade its commitments.

That circumstance, and the fact that the UNHCR and IOM offices were present and active in Tripoli, fully justified Italy's conviction that Libya was a safe host country for migrants intercepted on the high seas. Moreover, the Government were of the view that recognition of the refugee status granted by UNHCR to numerous applicants, including some of the applicants in this case, was unequivocal proof that the situation in Libya at the material time was in compliance with international human rights standards.

99. The Government acknowledged that the situation in Libya had deteriorated after April 2010, when the authorities closed the UNHCR office in Tripoli, and had definitively broken down following the events at the beginning of 2011, but they asserted that Italy had immediately ceased pushing back migrants to Libya and had changed the arrangements for the rescue of migrants on the high seas by henceforth authorising entry onto Italian territory.

100. The Government disputed the existence of a “Government practice” which consisted, according to the applicants, of effecting arbitrary transfers to Libya. In that connection, they described the application as a “political and ideological diatribe” against the action of the Italian authorities. The Government requested the Court to examine only the events of 6 May 2009 and not call into question Italy’s powers as regards immigration control, an area which they considered to be extremely sensitive and complex.

(c) Third-party interveners

101. Relying on the statements of numerous direct witnesses, Human Rights Watch and UNHCR condemned Italy’s forced return of irregular migrants to Libya. During 2009 Italy had carried out nine operations on the high seas, returning 834 Somali, Eritrean and Nigerian nationals to Libya.

102. Human Rights Watch had denounced the situation in Libya on several occasions, notably in its reports of 2006 and 2009. The organisation stated that, because there was no national asylum system in Libya, irregular migrants were systematically arrested and often subjected to torture and physical violence, including rape. In breach of United Nations guidelines on detention, migrants were often detained indefinitely and with no judicial supervision. Furthermore, conditions of detention were inhuman. Migrants were tortured and no medical assistance was provided in the various camps throughout the country. They might at any time be returned to their countries of origin or abandoned in the desert, where certain death awaited them.

103. The AIRE Centre, Amnesty International and the International Federation for Human Rights (FIDH) observed that reports from reliable sources over several years had continued to demonstrate that the human rights situation in Libya was disastrous, notably for refugees, asylum-seekers and migrants, and especially for those from particular regions of Africa, such as Eritrea and Somalia.

The three intervening parties were of the view that there was a “duty to investigate” where there was credible information from reliable sources that detention or living conditions in the receiving State were incompatible with Article 3 of the Convention.

In accordance with the principle of *pacta sunt servanda*, a State could not evade its obligations under the Convention by relying on commitments arising out of bilateral or multilateral agreements concerning the fight against clandestine immigration.

104. UNHCR stated that while the Italian authorities had not provided detailed information concerning the push-back operations, several witnesses interviewed by the Office of the High Commissioner had given an account similar to that of the applicants. In particular, they had reported that, in order to encourage people to board the Italian ships, Italian military personnel had led them to believe that they were being taken to Italy. Various witnesses stated that they had been handcuffed and had been subjected to violence during their transfer to Libyan territory and on arrival at the detention centre at which they were to be held. Furthermore, the Italian authorities had confiscated the migrants' personal effects, including the UNHCR certificates attesting to their status as refugees. Various witnesses had also confirmed that they had asked for protection and that they had specifically informed the Italian authorities of that fact during the operations.

105. UNHCR affirmed that at least five of the migrants returned to Libya who had subsequently managed to return to Italy, including Mr Ermias Berhane, had been granted refugee status in Italy. Moreover, in 2009 the UNHCR office in Tripoli had granted refugee status to seventy-three people returned by Italy, including fourteen of the applicants. That proved that the operations conducted by Italy on the high seas involved a genuine risk of the arbitrary return of persons in need of international protection.

106. UNHCR then submitted that none of Italy's arguments justifying the returns was acceptable. Neither the principle of cooperation between States to combat illegal trafficking in migrants, nor the provisions of international law of the sea concerning the safety of human life at sea, exempted States from their obligation to comply with the principles of international law.

107. Libya, a transit and receiving State for migratory flows from Asia and Africa, provided asylum-seekers with no form of protection. Though signatory to certain international human rights instruments, it barely complied with its obligations. In the absence of any national asylum law system, activities in that area had been conducted exclusively by UNHCR and its partners. Nevertheless, the activities of the Office of the High Commissioner had never been officially recognised by the Libyan government, which in April 2010 had ordered UNHCR to close its Tripoli office and cease those activities.

Given the circumstances, the Libyan government had never granted any formal status to persons registered by UNHCR as refugees and they were guaranteed no form of protection.

108. Until the events of 2011, anyone considered to be an illegal immigrant had been held in a “detention centre”, the majority of which had been visited by UNHCR. The living conditions in those centres had been mediocre and characterised by overcrowding and inadequate sanitary facilities. That situation had been aggravated by the push-back operations, which had exacerbated overcrowding and led to further deterioration in the sanitary conditions. That had led to a significantly greater need for basic assistance just to keep those individuals alive.

109. According to the Columbia Law School Human Rights Clinic, while clandestine immigration by sea was not a new phenomenon, the international community had increasingly recognised the need to restrict immigration-control practices, including interception at sea, which could hinder migrants’ access to protection and thus expose them to the risk of torture.

2. The Court’s assessment

(a) Admissibility

110. The Government submitted that the applicants could not claim to be “victims”, within the meaning of Article 34 of the Convention, of the events of which they complained. They disputed the existence of a genuine risk that the applicants would be subjected to inhuman and degrading treatment as a result of their return to Libya. That danger had to be assessed on the basis of substantial grounds relating to the circumstances of each applicant. The information provided by the parties concerned was vague and insufficient.

111. The Court notes that the issue raised by this preliminary objection is closely bound up with those it will have to consider when examining the complaints under Article 3 of the Convention. That provision requires that the Court establish whether or not there are substantial grounds for believing that the parties concerned ran a real risk of being subjected to torture or inhuman or degrading treatment after having been pushed back. This issue should therefore be joined to examination on the merits.

112. The Court considers that this part of the application raises complex issues of law and fact which cannot be determined without an examination on the merits. It follows that it is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. Nor is it inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

(b) Merits*(i) General principles*

(a) Responsibility of Contracting States in cases of expulsion

113. According to the Court's established case-law, Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations, including the Convention, to control the entry, residence and expulsion of aliens (see, among many other authorities, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 May 1985, § 67, Series A no. 94, and *Boujlifa v. France*, 21 October 1997, § 42, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VI). The Court also notes that the right to political asylum is not contained in either the Convention or its Protocols (see *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*, 30 October 1991, § 102, Series A no. 215, and *Ahmed v. Austria*, 17 December 1996, § 38, *Reports* 1996-VI).

114. However, expulsion, extradition or any other measure to remove an alien may give rise to an issue under Article 3 of the Convention, and hence engage the responsibility of the expelling State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person in question, if expelled, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 in the receiving country. In such circumstances, Article 3 implies an obligation not to expel the individual to that country (see *Soering*, cited above, §§ 90-91; *Vilvarajah and Others*, cited above, § 103; *Ahmed*, cited above, § 39; *H.L.R. v. France*, 29 April 1997, § 34, *Reports* 1997-III; *Jabari v. Turkey*, no. 40035/98, § 38, ECHR 2000-VIII; and *Salah Sheekh v. the Netherlands*, no. 1948/04, § 135, 11 January 2007).

115. In this type of case, the Court is therefore called upon to assess the situation in the receiving country in the light of the requirements of Article 3. In so far as any liability under the Convention is or may be incurred, it is liability incurred by the Contracting State by reason of its having taken action which has as a direct consequence the exposure of an individual to the risk of proscribed ill-treatment (see *Saadi v. Italy* [GC], no. 37201/06, § 126, ECHR 2008).

(β) Factors used to assess the risk of being subjected to treatment in breach of Article 3 of the Convention

116. In determining whether it has been shown that the applicant runs a real risk of suffering treatment proscribed by Article 3, the Court will assess the issue in the light of all the material placed before it, or, if necessary,

material obtained *proprio motu* (see *H.L.R. v. France*, cited above, § 37, and *Hilal v. the United Kingdom*, no. 45276/99, § 60, ECHR 2001-II). In cases such as the present one, the Court's examination of the existence of a real risk of ill-treatment must necessarily be a rigorous one (see *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, § 96, *Reports* 1996-V).

117. In order to ascertain whether or not there was a risk of ill-treatment, the Court must examine the foreseeable consequences of the removal of an applicant to the receiving country in the light of the general situation there as well as his or her personal circumstances (see *Vilvarajah and Others*, cited above, § 108 *in fine*).

118. To that end, as regards the general situation in a particular country, the Court has often attached importance to the information contained in recent reports from independent international human rights protection associations such as Amnesty International, or governmental sources (see, for example, *Chahal*, cited above, §§ 99-100; *Muslim v. Turkey*, no. 53566/99, § 67, 26 April 2005; *Said v. the Netherlands*, no. 2345/02, § 54, ECHR 2005-VI; *Al-Moayad v. Germany* (dec.), no. 35865/03, §§ 65-66, 20 February 2007; and *Saadi*, cited above, § 131).

119. In cases where an applicant alleges that he or she is a member of a group systematically exposed to a practice of ill-treatment, the Court considers that the protection of Article 3 of the Convention enters into play when the applicant establishes, where necessary on the basis of the sources mentioned in the previous paragraph, that there are substantial grounds for believing in the existence of the practice in question and his or her membership of the group concerned (see, *mutatis mutandis*, *Salah Sheekh*, cited above, §§ 138-49).

120. Owing to the absolute character of the right guaranteed, the Court does not rule out the possibility that Article 3 of the Convention may also apply where the danger emanates from persons or groups of persons who are not public officials. However, it must be shown that the risk is real and that the authorities of the receiving State are not able to obviate the risk by providing appropriate protection (see *H.L.R. v. France*, cited above, § 40).

121. With regard to the material date, the existence of the risk must be assessed primarily with reference to those facts which were known or ought to have been known to the Contracting State at the time of removal.

(ii) Application to the instant case

122. The Court has already had occasion to note that the States which form the external borders of the European Union are currently experiencing considerable difficulties in coping with the increasing influx of migrants and asylum-seekers. It does not underestimate the burden and pressure

this situation places on the States concerned, which are all the greater in the present context of economic crisis (see *M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC], no. 30696/09, § 223, ECHR 2011). It is particularly aware of the difficulties related to the phenomenon of migration by sea, involving for States additional complications in controlling the borders in southern Europe.

However, having regard to the absolute character of the rights secured by Article 3, that cannot absolve a State of its obligations under that provision.

123. The Court reiterates that protection against the treatment prohibited by Article 3 imposes on States the obligation not to remove any person who, in the receiving country, would run the real risk of being subjected to such treatment.

It notes that the numerous reports by international bodies and non-governmental organisations paint a disturbing picture of the treatment meted out to clandestine immigrants in Libya at the material time. The conclusions of those documents are moreover corroborated by the CPT report of 28 April 2010 (see paragraph 36 above).

124. The Court observes in passing that the situation in Libya worsened after the closure of the UNHCR office in Tripoli in April 2010 and the subsequent popular revolution which broke out in the country in February 2011. However, for the purposes of examining this case, the Court will refer to the situation prevailing in Libya at the material time.

125. According to the various reports mentioned above, during the period in question no rule governing the protection of refugees was complied with by Libya. Any person entering the country by illegal means was deemed to be clandestine and no distinction was made between irregular migrants and asylum-seekers. Consequently, those persons were systematically arrested and detained in conditions that outside visitors, such as delegations from UNHCR, Human Rights Watch and Amnesty International, could only describe as inhuman. Many cases of torture, poor hygiene conditions and lack of appropriate medical care were denounced by all the observers. Clandestine migrants were at risk of being returned to their countries of origin at any time and, if they managed to regain their freedom, were subjected to particularly precarious living conditions as a result of their irregular situation. Irregular immigrants, such as the applicants, were destined to occupy a marginal and isolated position in Libyan society, rendering them extremely vulnerable to xenophobic and racist acts (see paragraphs 35-41 above).

126. Those same reports clearly show that clandestine migrants disembarked in Libya following their interception by Italy on the high seas, such as the applicants, were exposed to those risks.

127. Confronted with the disturbing picture painted by the various international organisations, the Government argued that Libya was, at the material time, a “safe” destination for migrants intercepted on the high seas.

They based that belief on the presumption that Libya had complied with its international commitments as regards asylum and the protection of refugees, including the principle of *non-refoulement*. They claimed that the Italian-Libyan Friendship Treaty of 2008, in accordance with which clandestine migrants were returned to Libya, made specific reference to compliance with the provisions of international human rights law and other international conventions to which Libya was party.

128. In that regard, the Court observes that Libya’s failure to comply with its international obligations was one of the facts denounced in the international reports on that country. In any event, the Court is bound to observe that the existence of domestic laws and the ratification of international treaties guaranteeing respect for fundamental rights are not in themselves sufficient to ensure adequate protection against the risk of ill-treatment where, as in the present case, reliable sources have reported practices resorted to or tolerated by the authorities which are manifestly contrary to the principles of the Convention (see *M.S.S. v. Belgium and Greece*, cited above, § 353, and, *mutatis mutandis*, *Saadi*, cited above, § 147).

129. Furthermore, the Court observes that Italy cannot evade its own responsibility by relying on its obligations arising out of bilateral agreements with Libya. Even if it were to be assumed that those agreements made express provision for the return to Libya of migrants intercepted on the high seas, the Contracting States’ responsibility continues even after their having entered into treaty commitments subsequent to the entry into force of the Convention or its Protocols in respect of these States (see *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany* [GC], no. 42527/98, § 47, ECHR 2001-VIII, and *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, no. 61498/08, § 128, ECHR 2010).

130. With regard to the Government’s argument based on the presence of a UNHCR office in Tripoli, it must be noted that the activity of the Office of the High Commissioner, even before it was finally closed in April 2010, was never recognised in any way by the Libyan government. The documents examined by the Court show that the refugee status granted by UNHCR did not guarantee the persons concerned any kind of protection in Libya.

131. The Court notes again that that situation was well known and easy to verify on the basis of multiple sources. It therefore considers that when the applicants were removed, the Italian authorities knew or should have known that, as irregular migrants, they would be exposed in Libya to

treatment in breach of the Convention and that they would not be given any kind of protection in that country.

132. The Government submitted that the applicants had failed to describe sufficiently the risks in Libya because they had not applied to the Italian authorities for asylum. The mere fact that the applicants had opposed their disembarkation in Libya could not, according to the Government, be considered to be a request for protection, imposing on Italy an obligation under Article 3 of the Convention.

133. The Court observes, firstly, that that fact was disputed by the applicants, who stated that they had informed the Italian military personnel of their intention to request international protection. Furthermore, the applicants' version is corroborated by the numerous witness statements gathered by UNHCR and Human Rights Watch. In any event, the Court considers that it was for the national authorities, faced with a situation in which human rights were being systematically violated, as described above, to find out about the treatment to which the applicants would be exposed after their return (see, *mutatis mutandis*, *Chahal*, cited above, §§ 104-05; *Jabari*, cited above, §§ 40-41; and *M.S.S. v. Belgium and Greece*, cited above, § 359). Having regard to the circumstances of the case, the fact that the parties concerned had failed expressly to request asylum did not exempt Italy from fulfilling its obligations under Article 3.

134. In that connection, the Court notes that none of the provisions of international law cited by the Government justified the applicants being pushed back to Libya, in so far as the rules for the rescue of persons at sea and those governing the fight against people trafficking impose on States the obligation to fulfil the obligations arising out of international refugee law, including the *non-refoulement* principle (see paragraph 23 above).

135. That *non-refoulement* principle is also enshrined in Article 19 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. In that connection, the Court attaches particular weight to the content of a letter written on 15 July 2009 by Mr Jacques Barrot, Vice-President of the European Commission, in which he stressed the importance of compliance with the principle of *non-refoulement* in the context of operations carried out on the high seas by member States of the European Union (see paragraph 34 above).

136. Having regard to the foregoing, the Court considers that in the present case substantial grounds have been shown for believing that there was a real risk that the applicants would be subjected to treatment in Libya contrary to Article 3. The fact that a large number of irregular immigrants in Libya found themselves in the same situation as the applicants does not

make the risk concerned any less individual where it is sufficiently real and probable (see, *mutatis mutandis*, *Saadi*, cited above, § 132).

137. Relying on these conclusions and the obligations on States under Article 3, the Court considers that, by transferring the applicants to Libya, the Italian authorities, in full knowledge of the facts, exposed them to treatment proscribed by the Convention.

138. Accordingly, the Government's objection concerning the applicants' lack of victim status must be rejected and it must be concluded that there has been a violation of Article 3 of the Convention.

B. Alleged violation of Article 3 of the Convention on account of the fact that the applicants were exposed to the risk of arbitrary repatriation to Eritrea and Somalia

1. The parties' submissions

(a) The applicants

139. The applicants alleged that their transfer to Libya, where refugees and asylum-seekers were granted no form of protection, exposed them to the risk of being returned to their respective countries of origin: Somalia and Eritrea. They claimed that various reports by international sources attested to the existence of conditions in both those countries which breached human rights.

140. The applicants, who had fled their respective countries, argued that they had not been afforded any opportunity to secure international protection. The fact that most of them had obtained refugee status after their arrival in Libya confirmed that their fears of being subjected to ill-treatment were well-founded. They submitted that, although the Libyan authorities did not recognise the refugee status granted by the UNHCR office in Tripoli, the granting of that status demonstrated that the group of migrants to which they belonged was in need of international protection.

(b) The Government

141. The Government pointed out that Libya was a signatory to various international instruments concerning the protection of human rights and observed that, by ratifying the 2008 Friendship Treaty, it had expressly undertaken to comply with the principles contained in the United Nations Charter and in the Universal Declaration of Human Rights.

142. They reaffirmed that the presence of UNHCR in Libya constituted an assurance that no one entitled to asylum or any other form of international protection would be arbitrarily expelled. They claimed that

a significant number of applicants had been granted refugee status in Libya, which would rule out their repatriation.

(c) Third-party interveners

143. UNHCR stated that Libya frequently conducted collective expulsions of refugees and asylum-seekers to their countries of origin, where they could be subjected to torture and other ill-treatment. It denounced the absence of a system for international protection in Libya, which led to a very high risk of “chain *refoulements*” of persons in need of protection.

The Office of the United Nations High Commissioner, Human Rights Watch and Amnesty International noted the risk, for individuals forcibly repatriated to Eritrea and Somalia, of being subjected to torture and inhuman or degrading treatment and of being exposed to extremely precarious living conditions.

144. The AIRE Centre, Amnesty International and the FIDH submitted that, having regard to the particular vulnerability of asylum-seekers and persons intercepted on the high seas and the lack of adequate guarantees or procedures on board vessels allowing for push-backs to be challenged, it was even more vital for the Contracting Parties involved in the return operations to ascertain the actual situation in the receiving States, including as regards the risk of any subsequent return.

2. The Court's assessment

(a) Admissibility

145. The Court considers that this complaint raises issues of law and fact which cannot be determined without an examination on the merits. It follows that this part of the application is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention. Nor is it inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

(b) Merits

146. The Court reiterates the principle according to which indirect *refoulement* of an alien leaves the responsibility of the Contracting State intact, and that State is required, in accordance with the well-established case-law, to ensure that the person in question would not face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 in the event of repatriation (see, *mutatis mutandis*, *T.I. v. the United Kingdom* (dec.), no. 43844/98, ECHR 2000-III, and *M.S.S. v. Belgium and Greece*, cited above, § 342).

147. It is a matter for the State carrying out the return to ensure that the intermediary country offers sufficient guarantees to prevent the person

concerned being removed to his country of origin without an assessment of the risks faced. The Court observes that that obligation is all the more important when, as in the instant case, the intermediary country is not a State Party to the Convention.

148. In the instant case, the Court's task is not to rule on the violation of the Convention in the event of repatriation of the applicants, but to ascertain whether there were sufficient guarantees that the parties concerned would not be arbitrarily returned to their countries of origin, where they had an arguable claim that their repatriation would breach Article 3 of the Convention.

149. The Court has a certain amount of information on the general situation in Eritrea and Somalia, the applicants' countries of origin, submitted by the parties concerned and by the third-party interveners (see paragraphs 43 and 44 above).

150. It observes that, according to UNHCR and Human Rights Watch, individuals forcibly repatriated to Eritrea face being tortured and detained in inhuman conditions merely for having left the country irregularly. As regards Somalia, in the recent case of *Sufi and Elmi v. the United Kingdom* (nos. 8319/07 and 11449/07, 28 June 2011) the Court noted the serious levels of violence in Mogadishu and the increased risk to persons returned to that country of being forced either to transit through areas affected by the armed conflict or to seek refuge in camps for displaced persons or refugees, where living conditions were appalling.

151. The Court considers that all the information in its possession shows *prima facie* that the situation in Somalia and Eritrea posed and continues to pose widespread serious problems of insecurity. That finding, moreover, has not been disputed before the Court.

152. Consequently, the applicants could arguably claim that their repatriation would breach Article 3 of the Convention. The Court must now ascertain whether the Italian authorities could reasonably expect Libya to offer sufficient guarantees against arbitrary repatriation.

153. The Court observes, firstly, that Libya has not ratified the Geneva Convention on Refugee Status. Furthermore, international observers note the absence of any form of asylum and protection procedure for refugees in Libya. In that connection, the Court has already had occasion to note that the presence of UNHCR in Tripoli hardly constituted a guarantee of protection for asylum-seekers on account of the negative attitude of the Libyan authorities, which did not recognise any value in the status of refugee (see paragraph 130 above).

154. In those circumstances, the Court cannot subscribe to the Government's argument that the activities of UNHCR represented a

guarantee against arbitrary repatriation. Moreover, Human Rights Watch and UNHCR had denounced several earlier forced returns of irregular migrants, including asylum-seekers and refugees, to high-risk countries.

155. Therefore, the fact that some of the applicants have obtained refugee status does not reassure the Court as regards the risk of arbitrary return. On the contrary, the Court shares the applicants' view that that constitutes additional evidence of the vulnerability of the parties concerned.

156. In view of the foregoing, the Court considers that, when the applicants were transferred to Libya, the Italian authorities knew or should have known that there were insufficient guarantees protecting the parties concerned from the risk of being arbitrarily returned to their countries of origin, having regard in particular to the lack of any asylum procedure and the impossibility of making the Libyan authorities recognise the refugee status granted by UNHCR.

157. Furthermore, the Court reaffirms that Italy is not exempt from complying with its obligations under Article 3 of the Convention because the applicants failed to ask for asylum or to describe the risks faced as a result of the lack of an asylum system in Libya. It reiterates that the Italian authorities should have ascertained how the Libyan authorities fulfilled their international obligations in relation to the protection of refugees.

158. It follows that the transfer of the applicants to Libya also violated Article 3 of the Convention because it exposed the applicants to the risk of arbitrary repatriation.

IV. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 4 OF PROTOCOL NO. 4 TO THE CONVENTION

159. The applicants stated that they had been the subject of a collective expulsion having no basis in law. They relied on Article 4 of Protocol No. 4 to the Convention, which provides:

“Collective expulsion of aliens is prohibited.”

A. The parties' submissions

1. The Government

160. The Government submitted that Article 4 of Protocol No. 4 was not applicable in the instant case. They argued that the guarantee provided by that provision came into play only in the event of the expulsion of persons on the territory of a State or who had crossed the national border illegally. In the instant case, the measure in issue was a refusal to authorise entry into national territory rather than “expulsion”.

2. The applicants

161. While acknowledging that the word “expulsion” might seemingly constitute an obstacle to the applicability of Article 4 of Protocol No. 4, the applicants submitted that an evolutive approach should lead the Court to recognise the applicability of Article 4 of Protocol No. 4 in the present case.

162. In particular, the applicants sought a functional and teleological interpretation of that provision. In their view, the primary purpose of prohibiting collective expulsions was to prevent States from forcibly transferring groups of aliens to other States without examining their individual circumstances, even summarily. Such a prohibition should also apply to measures to push back migrants on the high seas, carried out without any preliminary formal decision, in so far as such measures could constitute “hidden expulsions”. A teleological and “extraterritorial” interpretation of that provision would render it practical and effective rather than theoretical and illusory.

163. According to the applicants, even if the Court were to decide to make the prohibition established by Article 4 of Protocol No. 4 strictly territorial in scope, their return to Libya would in any case fall within the scope of application of that Article because it had occurred on a vessel flying the Italian flag, which, under Article 4 of the Italian Navigation Code, was considered to be “Italian territory”.

Their return to Libya, carried out with no prior identification and no examination of the personal circumstances of each applicant, had constituted a removal measure that was, in substance, “collective”.

3. Third-party interveners

164. The United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), whose submissions were shared by UNHCR, argued that Article 4 of Protocol No. 4 was applicable in the instant case. They submitted that the issue was of key importance, having regard to the potentially significant effects of a broad interpretation of that provision in the field of international migration.

Having pointed out that collective expulsions of aliens, including those in an irregular situation, were generally prohibited by international and Community law, the OHCHR argued that persons intercepted on the high seas should be able to benefit from protection against that kind of expulsion, even though they had not been able to reach a State’s border.

Collective expulsions on the high seas were prohibited having regard to the principle of good faith, in the light of which the Convention provisions must be interpreted. To allow States to push back migrants intercepted on the high seas without complying with the guarantee enshrined in Article 4 of Protocol No. 4 would amount to accepting that States were able to evade their obligations under the Convention by advancing their border-control operations.

Moreover, recognition of the extraterritorial exercise of a Contracting State's jurisdiction over actions taking place on the high seas would, according to the OHCHR, entail a presumption that all the rights guaranteed by the Convention and its Protocols would be applicable.

165. The Columbia Law School Human Rights Clinic pointed out the importance of procedural guarantees in the area of protection of the human rights of refugees. States were bound to examine the situation of each individual on a case-by-case basis in order to guarantee effective protection of the fundamental rights of the parties concerned and to avoid removing them while there was a risk of harm.

The Columbia Law School Human Rights Clinic submitted that clandestine immigration by sea was not a new phenomenon but that the international community had increasingly recognised the need to identify constraints on State immigration-control practices, including interception at sea. The principle of *non-refoulement* required States to refrain from removing individuals without having assessed their circumstances on a case-by-case basis.

Various bodies of the United Nations, such as the Committee Against Torture, had clearly stated that such practices risked breaching international human rights standards and had emphasised the importance of individual identification and assessment to prevent people being returned to situations where they would be at risk. The Inter-American Commission for Human Rights had recognised the importance of these procedural guarantees in *The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States* (Case no. 10.675, report no. 51/96, § 163), in which it had expressed the opinion that the United States had impermissibly returned interdicted Haitian migrants without making an adequate determination of their status, and without granting them a hearing to ascertain whether they qualified as refugees. That decision was of particular significance as it contradicted the earlier position of the Supreme Court of the United States in *Sale v. Haitian Centers Council* (113 S. Ct., 2549, 1993).

B. The Court's assessment

1. Admissibility

166. The Court must first examine the question of the applicability of Article 4 of Protocol No. 4. In *Becker v. Denmark* (no. 7011/75, Commission decision of 3 October 1975, Decisions and Reports (DR) 4, p. 236) concerning the repatriation of a group of approximately two hundred Vietnamese children by the Danish authorities, the Commission defined, for the first time, the “collective expulsion of aliens” as being “any measure of the competent authority compelling aliens as a group to leave the country, except where such a measure is taken after and on the basis of a reasonable and objective examination of the particular cases of each individual alien of the group”.

167. That definition was used subsequently by the Convention bodies in other cases concerning Article 4 of Protocol No. 4. The Court observes that the majority of such cases involved persons who were on the territory in issue (see *K.G. v. the Federal Republic of Germany*, no. 7704/76, Commission decision of 11 March 1977, unreported; *O. and Others v. Luxembourg*, no. 7757/77, Commission decision of 3 March 1978, unreported; *A. and Others v. the Netherlands*, no. 14209/88, Commission decision of 16 December 1988, DR 59, p. 274; *Andric v. Sweden* (dec.), no. 45917/99, 23 February 1999; *Čonka v. Belgium*, no. 51564/99, ECHR 2002-I; *Davydov v. Estonia* (dec.), no. 16387/03, 31 May 2005; *Berisha and Haljiti v. "the former Yugoslav Republic of Macedonia"* (dec.), no. 18670/03, ECHR 2005-VIII; *Sultani v. France*, no. 45223/05, ECHR 2007-IV; *Ghulami v. France* (dec.), no. 45302/05, 7 April 2009; and *Dritsas and Others v. Italy* (dec.), no. 2344/02, 1 February 2011).

168. The case of *Xhavara and Others v. Italy and Albania* ((dec.), no. 39473/98, 11 January 2001), however, concerned Albanian nationals who had attempted to enter Italy illegally on board an Albanian vessel and who had been intercepted by an Italian warship approximately 35 nautical miles off the Italian coast. The Italian ship had attempted to prevent the parties concerned from disembarking on national territory, leading to the death of fifty-eight people, including the applicants' parents, as a result of a collision. In that case, the applicants complained in particular of Legislative Decree no. 60 of 1997, which provided for the immediate expulsion of irregular aliens, a measure subject only to appeal without suspensive effect. They considered that that constituted a breach of the guarantee afforded by Article 4 of Protocol No. 4. The Court rejected the complaint on the ground of incompatibility *ratione personae*, as the provision in question

had not been applied to their case, and did not rule on the applicability of Article 4 of Protocol No. 4 to the case in issue.

169. Therefore, in the instant case, the Court must, for the first time, examine whether Article 4 of Protocol No. 4 applies to a case involving the removal of aliens to a third State carried out outside national territory. It must ascertain whether the transfer of the applicants to Libya constituted a “collective expulsion of aliens” within the meaning of the provision in issue.

170. In interpreting the provisions of the Convention, the Court draws on Articles 31 to 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (see, for example, *Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, § 29, Series A no. 18; *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, § 65, ECHR 2008; and *Saadi v. the United Kingdom* [GC], no. 13229/03, § 62, ECHR 2008).

171. Pursuant to the Vienna Convention on the Law of Treaties, the Court must establish the ordinary meaning to be given to the terms in their context and in the light of the object and purpose of the provision from which they are taken. It must take account of the fact that the provision in issue forms part of a treaty for the effective protection of human rights and that the Convention must be read as a whole and interpreted in such a way as to promote internal consistency and harmony between its various provisions (see *Stec and Others v. the United Kingdom* (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 48, ECHR 2005-X). The Court must also take account of any relevant rules and principles of international law applicable in the relations between the Contracting Parties (see *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, § 55, ECHR 2001-XI, and *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* [GC], no. 45036/98, § 150, ECHR 2005-VI; see also Article 31 § 3 (c) of the Vienna Convention). The Court may also have recourse to supplementary means of interpretation, notably the *travaux préparatoires* of the Convention, either to confirm the meaning determined in accordance with the methods referred to above or to clarify the meaning when it would otherwise be ambiguous, obscure or manifestly absurd and unreasonable (see Article 32 of the Vienna Convention).

172. The Government submitted that there was a logical obstacle to the applicability of Article 4 of Protocol No. 4 in the instant case, namely the fact that the applicants were not on Italian territory at the time of their transfer to Libya so that measure, in the Government’s view, could not be considered to be an “expulsion” within the ordinary meaning of the term.

173. The Court does not share the Government’s opinion on this point. It notes, firstly, that, while the cases thus far examined have concerned individuals who were already, in various forms, on the territory of the

country concerned, the wording of Article 4 of Protocol No. 4 does not in itself pose an obstacle to its extraterritorial application. It must be noted that Article 4 of Protocol No. 4 contains no reference to the notion of "territory", whereas the wording of Article 3 of the same Protocol, on the contrary, specifically refers to the territorial scope of the prohibition on the expulsion of nationals. Likewise, Article 1 of Protocol No. 7 explicitly refers to the notion of territory regarding procedural safeguards relating to the expulsion of aliens lawfully resident in the territory of a State. In the Court's view, that wording cannot be ignored.

174. The *travaux préparatoires* are not explicit as regards the scope of application and ambit of Article 4 of Protocol No. 4. In any event, the Explanatory Report to Protocol No. 4, drawn up in 1963, reveals that as far as the Committee of Experts was concerned the purpose of Article 4 was to formally prohibit "collective expulsions of aliens of the kind which was a matter of recent history". Thus, it was "agreed that the adoption of [Article 4] and paragraph 1 of Article 3 could in no way be interpreted as in any way justifying measures of collective expulsion which may have been taken in the past". The commentary on the draft reveals that, according to the Committee of Experts, the aliens to whom the Article refers are not only those lawfully resident on the territory but "all those who have no actual right to nationality in a State, whether they are passing through a country or reside or are domiciled in it, whether they are refugees or entered the country on their own initiative, or whether they are stateless or possess another nationality" (Article 4 of the final Committee draft, p. 505, § 34). Lastly, according to the drafters of Protocol No. 4, the word "expulsion" should be interpreted "in the generic meaning, in current use (to drive away from a place)". While that last definition is contained in the section relating to Article 3 of the Protocol, the Court considers that it can also be applied to Article 4 of the same Protocol. It follows that the *travaux préparatoires* do not preclude extraterritorial application of Article 4 of Protocol No. 4.

175. It remains to be seen, however, whether such an application is justified. To reply to that question, account must be taken of the purpose and meaning of the provision in issue, which must themselves be analysed in the light of the principle, firmly rooted in the Court's case-law, that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions (see, for example, *Soering*, cited above, § 102; *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, Series A no. 45; *X, Y and Z v. the United Kingdom*, 22 April 1997, Reports 1997-II; *V. v. the United Kingdom* [GC], no. 24888/94, § 72, ECHR 1999-IX; and *Matthews v. the United Kingdom* [GC], no. 24833/94, § 39, ECHR 1999-I). Furthermore, it is essential that the Convention is interpreted and applied in a manner

which renders the guarantees practical and effective and not theoretical and illusory (see *Airey v. Ireland*, 9 October 1979, § 26, Series A no. 32; *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, § 121, ECHR 2005-I; and *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, § 136, ECHR 2005-XI).

176. A long time has passed since Protocol No. 4 was drafted. Since that time, migratory flows in Europe have continued to intensify, with increasing use being made of the sea, although the interception of migrants on the high seas and their removal to countries of transit or origin are now a means of migratory control in so far as they constitute tools for States to combat irregular immigration.

The economic crisis and recent social and political changes have had a particular impact on certain regions of Africa and the Middle East, throwing up new challenges for European States in terms of immigration control.

177. The Court has already found that, according to the established case-law of the Commission and of the Court, the purpose of Article 4 of Protocol No. 4 is to prevent States being able to remove certain aliens without examining their personal circumstances and, consequently, without enabling them to put forward their arguments against the measure taken by the relevant authority. If, therefore, Article 4 of Protocol No. 4 were to apply only to collective expulsions from the national territory of the States Parties to the Convention, a significant component of contemporary migratory patterns would not fall within the ambit of that provision, notwithstanding the fact that the conduct it is intended to prohibit can occur outside national territory and in particular, as in the instant case, on the high seas. Article 4 would thus be ineffective in practice with regard to such situations, which, however, are on the increase. The consequence of that would be that migrants having taken to the sea, often risking their lives, and not having managed to reach the borders of a State, would not be entitled to an examination of their personal circumstances before being expelled, unlike those travelling by land.

178. It is therefore clear that, while the notion of “jurisdiction” is principally territorial and is presumed to be exercised on the national territory of States (see paragraph 71 above), the notion of expulsion is also principally territorial in the sense that expulsions are most often conducted from national territory. Where, however, as in the instant case, the Court has found that a Contracting State has, exceptionally, exercised its jurisdiction outside its national territory, it does not see any obstacle to accepting that the exercise of extraterritorial jurisdiction by that State took the form of collective expulsion. To conclude otherwise, and to afford that last notion a strictly territorial scope, would result in a discrepancy between the scope

of application of the Convention as such and that of Article 4 of Protocol No. 4, which would go against the principle that the Convention must be interpreted as a whole. Furthermore, as regards the exercise by a State of its jurisdiction on the high seas, the Court has already stated that the special nature of the maritime environment cannot justify an area outside the law where individuals are covered by no legal system capable of affording them enjoyment of the rights and guarantees protected by the Convention which the States have undertaken to secure to everyone within their jurisdiction (see *Medvedyev and Others*, cited above, § 81).

179. The above considerations do not call into question the right of States to establish their own immigration policies. It must be pointed out, however, that problems with managing migratory flows cannot justify having recourse to practices which are not compatible with the State's obligations under the Convention. The Court reiterates in that connection that the provisions of treaties must be interpreted in good faith in the light of the object and purpose of the treaty and in accordance with the principle of effectiveness (see *Mamatkulov and Askarov*, cited above, § 123).

180. Having regard to the foregoing, the Court considers that the removal of aliens carried out in the context of interceptions on the high seas by the authorities of a State in the exercise of their sovereign authority, the effect of which is to prevent migrants from reaching the borders of the State or even to push them back to another State, constitutes an exercise of jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention which engages the responsibility of the State in question under Article 4 of Protocol No. 4.

181. In the instant case, the Court considers that the operation resulting in the transfer of the applicants to Libya was carried out by the Italian authorities with the intention of preventing the irregular migrants disembarking on Italian soil. In that connection, it attaches particular weight to the statements given after the events to the Italian press and the State Senate by the Minister of the Interior, in which he explained the importance of the push-back operations on the high seas in combating clandestine immigration and stressed the significant decrease in disembarkations as a result of the operations carried out in May 2009 (see paragraph 13 above).

182. Accordingly, the Court rejects the Government's objection and considers that Article 4 of Protocol No. 4 is applicable in the instant case.

2. *Merits*

183. The Court observes that, to date, the *Čonka* case (see judgment cited above) is the only one in which it has found a violation of Article 4 of Protocol No. 4. When examining that case, in order to assess whether or not

there had been a collective expulsion, it examined the circumstances of the case and ascertained whether the deportation decisions had taken account of the particular circumstances of the individuals concerned. The Court then stated (§§ 61-63):

“The Court notes, however, that the detention and deportation orders in issue were made to enforce an order to leave the territory dated 29 September 1999; that order was made solely on the basis of section 7, first paragraph, point (2), of the Aliens Act, and the only reference to the personal circumstances of the applicants was to the fact that their stay in Belgium had exceeded three months. In particular, the document made no reference to their application for asylum or to the decisions of 3 March and 18 June 1999. Admittedly, those decisions had also been accompanied by an order to leave the territory, but by itself, that order did not permit the applicants’ arrest. The applicants’ arrest was therefore ordered for the first time in a decision of 29 September 1999 on a legal basis unrelated to their requests for asylum, but nonetheless sufficient to entail the implementation of the impugned measures. In those circumstances and in view of the large number of persons of the same origin who suffered the same fate as the applicants, the Court considers that the procedure followed does not enable it to eliminate all doubt that the expulsion might have been collective.

That doubt is reinforced by a series of factors: firstly, prior to the applicants’ deportation, the political authorities concerned had announced that there would be operations of that kind and given instructions to the relevant authority for their implementation ...; secondly, all the aliens concerned had been required to attend the police station at the same time; thirdly, the orders served on them requiring them to leave the territory and for their arrest were couched in identical terms; fourthly, it was very difficult for the aliens to contact a lawyer; lastly, the asylum procedure had not been completed.

In short, at no stage in the period between the service of the notice on the aliens to attend the police station and their expulsion did the procedure afford sufficient guarantees demonstrating that the personal circumstances of each of those concerned had been genuinely and individually taken into account.”

184. In their case-law, the bodies of the Convention have furthermore indicated that the fact that a number of aliens are subject to similar decisions does not in itself lead to the conclusion that there is a collective expulsion if each person concerned has been given the opportunity to put arguments against his expulsion to the competent authorities on an individual basis (see *K.G. v. the Federal Republic of Germany*, cited above; *Andric*, cited above; and *Sultani*, cited above, § 81). Lastly, the Court has ruled that there is no violation of Article 4 of Protocol No. 4 if the lack of an expulsion decision made on an individual basis is the consequence of the applicants’ own culpable conduct (see *Berisha and Haljiti*, cited above, and *Dritsas and Others*, cited above).

185. In the instant case, the Court can only find that the transfer of the applicants to Libya was carried out without any form of examination of each applicant's individual situation. It has not been disputed that the applicants were not subjected to any identification procedure by the Italian authorities, which restricted themselves to embarking all the intercepted migrants onto military ships and disembarking them on Libyan soil. Moreover, the Court notes that the personnel aboard the military ships were not trained to conduct individual interviews and were not assisted by interpreters or legal advisers.

That is sufficient for the Court to rule out the existence of sufficient guarantees ensuring that the individual circumstances of each of those concerned were actually the subject of a detailed examination.

186. Having regard to the above, the Court concludes that the removal of the applicants was of a collective nature, in breach of Article 4 of Protocol No. 4 to the Convention. Accordingly, there has been a violation of that Article.

V. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 3 AND ARTICLE 4 OF PROTOCOL NO. 4 TO THE CONVENTION

187. The applicants complained that they were not afforded an effective remedy under Italian law by which to lodge their complaints under Article 3 of the Convention and Article 4 of Protocol No. 4. They relied on Article 13 of the Convention, which provides:

“Everyone whose rights and freedoms as set forth in [the] Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.”

A. The parties' submissions

1. *The applicants*

188. The applicants submitted that Italy's interceptions of persons on the high seas were not in accordance with the law and were not subject to a review of their lawfulness by a national authority. For that reason, the applicants had been deprived of any opportunity of lodging an appeal against their return to Libya and alleging a violation of Article 3 of the Convention and Article 4 of Protocol No. 4.

189. The applicants argued that none of the requirements of the effectiveness of remedies provided for in the Court's case-law had been met by the Italian authorities, which had not even identified the intercepted

migrants and had ignored their requests for protection. Furthermore, even if it were to be assumed that they had had the opportunity to voice their request for asylum to the military personnel, they could not have been afforded the procedural guarantees provided by Italian law, such as access to a court, for the simple reason that they were on board ships.

190. The applicants considered that the exercise of territorial sovereignty in connection with immigration policy should in no circumstances give rise to failure to comply with the obligations imposed on States by the Convention, including the obligation to guarantee the right to an effective remedy before a national court to any person falling within their jurisdiction.

2. The Government

191. The Government submitted that because the events in the instant case had taken place on board ships, it had been impossible to guarantee the applicants the right of access to a national court.

192. At the hearing before the Grand Chamber, they argued that the applicants should have applied to the national courts to obtain recognition and, as the case may be, compensation for the alleged violations of the Convention. According to the Government, the Italian judicial system would have enabled any responsibility on the part of the military personnel who had rescued the applicants to be established both under national and international law.

The Government contended that the applicants to whom UNHCR had granted refugee status were able to enter Italian territory at any time and to exercise their Convention rights, including the right to apply to the judicial authorities.

3. Third-party interveners

193. UNHCR stated that the principle of *non-refoulement* involved procedural obligations for States. Furthermore, the right of access to an effective asylum procedure conducted by a competent authority was all the more vital when it involved “mixed” migratory flows, in the framework of which potential asylum-seekers must be singled out and distinguished from the other migrants.

194. The AIRE Centre, Amnesty International and the International Federation for Human Rights (FIDH) considered that the individuals pushed back as a result of the interception on the high seas did not have

access to any remedy in the Contracting State responsible for the operations, much less a remedy capable of meeting the requirements of Article 13. The applicants had neither an adequate opportunity nor the necessary support, notably the assistance of an interpreter, to enable them to set out the reasons militating against their return, not to mention an examination, the rigour of which met the requirements of the Convention. The interveners argued that when the Contracting Parties to the Convention were involved in interceptions at sea resulting in a push-back, it was their responsibility to ensure that each of the persons concerned had an effective opportunity to challenge his or her return in the light of the rights guaranteed by the Convention and to obtain an examination of his or her application before the return was effected.

The interveners considered that the lack of a remedy allowing for identification of the applicants and an individual assessment of their requests for protection and their needs constituted a serious omission, as did the lack of any follow-up investigation to ascertain the fate of the persons returned.

195. The Columbia Law School Human Rights Clinic asserted that international human rights and refugee law required, firstly, that a State advise migrants of their right to access protection. Such advice was critical to effecting the State's duty to identify those in need of international protection among interdicted persons. That requirement was heightened for those interdicted at sea because they were particularly unlikely to be familiar with local law and often lacked access to an interpreter or legal advice. Then, each person should be interviewed by the national authorities to obtain an individual decision on his or her application.

B. The Court's assessment

1. *Admissibility*

196. The Court reiterates that it joined the Government's objection of failure to exhaust domestic remedies raised at the hearing before the Grand Chamber (see paragraph 62 above) to the examination on the merits of the complaints under Article 13. Furthermore, the Court considers that this part of the application raises complex issues of law and fact which cannot be determined without an examination of the merits. It follows that it is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. Nor is it inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

2. *Merits*

(a) General principles

197. Article 13 of the Convention guarantees the availability at national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they may happen to be secured. The effect of that provision is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of an “arguable complaint” under the Convention and to grant appropriate relief. The scope of the Contracting States’ obligations under Article 13 varies depending on the nature of the applicant’s complaint. However, the remedy required by Article 13 must be “effective” in practice as well as in law. The “effectiveness” of a “remedy” within the meaning of Article 13 does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant. Nor does the “authority” referred to in that provision necessarily have to be a judicial authority; but if it is not, its powers and the guarantees which it affords are relevant in determining whether the remedy before it is effective. Also, even if a single remedy does not by itself entirely satisfy the requirements of Article 13, the aggregate of remedies provided for under domestic law may do so (see, among many other authorities, *Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, § 157, ECHR 2000-XI).

198. It results from the Court’s case-law that an applicant’s complaint alleging that his or her removal to a third State would expose him or her to treatment prohibited under Article 3 of the Convention “must imperatively be subject to close scrutiny by a ‘national authority’” (see *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, no. 36378/02, § 448, ECHR 2005-III; see also *Jabari*, cited above, § 39). That principle has led the Court to rule that the notion of “effective remedy” within the meaning of Article 13 taken in conjunction with Article 3 requires, firstly, “independent and rigorous scrutiny” of any complaint made by a person in such a situation, where “there exist substantial grounds for fearing a real risk of treatment contrary to Article 3” and, secondly, “the possibility of suspending the implementation of the measure impugned” (see the above-cited judgments, § 460 and § 50 respectively).

199. Moreover, in *Čonka* (cited above, §§ 79 et seq.) the Court stated, in relation to Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 4 of Protocol No. 4 to the Convention, that a remedy did not meet the requirements of the former if it did not have suspensive effect. It pointed out in particular (§ 79):

“The Court considers that the notion of an effective remedy under Article 13 requires that the remedy may prevent the execution of measures that are contrary

to the Convention and whose effects are potentially irreversible ... Consequently, it is inconsistent with Article 13 for such measures to be executed before the national authorities have examined whether they are compatible with the Convention, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their obligations under this provision ...”

200. In view of the importance which the Court attaches to Article 3 of the Convention and the irreversible nature of the damage which may result if the risk of torture or ill-treatment materialises, the Court has ruled that the suspensive effect should also apply to cases in which a State Party decides to remove an alien to a country where there are substantial grounds for believing that he or she faces a risk of that nature (see *Gebremedhin [Geberamadhien] v. France*, no. 25389/05, § 66, ECHR 2007-II, and *M.S.S. v. Belgium and Greece*, cited above, § 293).

(b) Application to the instant case

201. The Court has already concluded that the return of the applicants to Libya amounted to a violation of Article 3 of the Convention and Article 4 of Protocol No. 4. The complaints lodged by the applicants on these points are therefore “arguable” for the purposes of Article 13.

202. The Court has found that the applicants had no access to a procedure to identify them and to assess their personal circumstances before they were returned to Libya (see paragraph 185 above). The Government acknowledged that no provision was made for such procedures aboard the military ships onto which the applicants were made to embark. There were neither interpreters nor legal advisers among the personnel on board.

203. The Court observes that the applicants alleged that they were given no information by the Italian military personnel, who had led them to believe that they were being taken to Italy and who had not informed them as to the procedure to be followed to avoid being returned to Libya.

In so far as that circumstance is disputed by the Government, the Court attaches more weight to the applicants’ version because it is corroborated by a very large number of witness statements gathered by UNHCR, the CPT and Human Rights Watch.

204. The Court has previously found that the lack of access to information is a major obstacle in accessing asylum procedures (see *M.S.S. v. Belgium and Greece*, cited above, § 304). It reiterates here the importance of guaranteeing anyone subject to a removal measure, the consequences of which are potentially irreversible, the right to obtain sufficient information to enable them to gain effective access to the relevant procedures and to substantiate their complaints.

205. Having regard to the circumstances of the instant case, the Court considers that the applicants were deprived of any remedy which would have enabled them to lodge their complaints under Article 3 of the Convention and Article 4 of Protocol No. 4 with a competent authority and to obtain a thorough and rigorous assessment of their requests before the removal measure was enforced.

206. As regards the Government's argument that the applicants should have availed themselves of the opportunity of applying to the Italian criminal courts upon their arrival in Libya, the Court can only note that, even if such a remedy were accessible in practice, the requirements of Article 13 of the Convention are clearly not met by criminal proceedings brought against military personnel on board the army's ships, in so far as that does not satisfy the criterion of suspensive effect enshrined in the above-cited *Conka* judgment. The Court reiterates that the requirement flowing from Article 13 that execution of the impugned measure be stayed cannot be considered as a subsidiary measure (see *M.S.S. v. Belgium and Greece*, cited above, § 388).

207. The Court concludes that there has been a violation of Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 3 and Article 4 of Protocol No. 4 to the Convention. It follows that the applicants cannot be criticised for not having properly exhausted domestic remedies and that the Government's preliminary objection (see paragraph 62 above) must be dismissed.

VI. ARTICLES 46 AND 41 OF THE CONVENTION

A. Article 46 of the Convention

208. Article 46 provides:

- “1. The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties.
2. The final judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers, which shall supervise its execution.”

209. Under Article 46 of the Convention, the High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in the cases to which they are parties, the Committee of Ministers being responsible for supervising the execution of the judgments. This means that when the Court finds a violation, the respondent State is legally bound not only to pay the interested parties the sums awarded in just satisfaction under Article 41, but also to adopt the necessary general and/or, where applicable, individual measures. As the Court's judgments are essentially declaratory in nature, it is primarily for the State concerned to choose, subject to supervision by the

Committee of Ministers, the means to be used in order to discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention, provided that those means are compatible with the conclusions contained in the Court's judgment. In certain particular situations, however, the Court may find it useful to indicate to the respondent State the type of measures that might be taken in order to put an end to the – often systemic – situation that gave rise to the finding of a violation (see, for example, *Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99, § 210, ECHR 2005-IV, and *Popov v. Russia*, no. 26853/04, § 263, 13 July 2006). Sometimes the nature of the violation found may be such as to leave no real choice as to the measures required (see *Assanidze*, cited above, § 198; *Aleksanyan v. Russia*, no. 46468/06, § 239, 22 December 2008; and *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2)* [GC], no. 32772/02, §§ 85 and 88, ECHR 2009).

210. In the instant case, the Court considers it necessary to indicate the individual measures required for the execution of the present judgment, without prejudice to the general measures required to prevent other similar violations in the future (see *M.S.S. v. Belgium and Greece*, cited above, § 400).

211. The Court has found, *inter alia*, that the transfer of the applicants exposed them to the risk of being subjected to ill-treatment in Libya and of being arbitrarily repatriated to Somalia and Eritrea. Having regard to the circumstances of the case, the Court considers that the Italian Government must take all possible steps to obtain assurances from the Libyan authorities that the applicants will not be subjected to treatment incompatible with Article 3 of the Convention or arbitrarily repatriated.

B. Article 41 of the Convention

212. 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.”

213. The applicants each claimed 15,000 euros (EUR) for the non-pecuniary damage allegedly suffered.

214. The Government opposed that claim, pointing out that the applicants' lives had been saved by virtue of the intervention of the Italian authorities.

215. The Court considers that the applicants must have experienced certain distress for which the Court's findings of violations alone cannot constitute just satisfaction. Having regard to the nature of the violations found in the instant case, the Court considers it equitable to uphold the

applicants' claim and awards each of them EUR 15,000 in respect of non-pecuniary damage, to be held by the representatives in trust for the applicants.

C. Costs and expenses

216. The applicants also claimed EUR 1,575.74 for costs and expenses incurred before the Court.

217. The Government challenged that claim.

218. According to the Court's established case-law, an award can be made in respect of costs and expenses only in so far as they have been actually and necessarily incurred by the applicant and are reasonable as to quantum. In the instant case, and having regard to the documents available to it and to its case-law, the Court considers the total amount claimed in respect of the proceedings before the Court to be reasonable and awards that amount to the applicants.

D. Default interest

219. 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. *Decides* by thirteen votes to four to strike the application out of its list in so far as it concerns Mr Mohamed Abukar Mohamed and Mr Hasan Shariff Abbirahman;
2. *Decides* unanimously not to strike the application out of its list in so far as it concerns the other applicants;
3. *Holds* unanimously that the applicants were within the jurisdiction of Italy for the purposes of Article 1 of the Convention;
4. *Joins to the merits* unanimously the preliminary objections raised by the Government concerning the non-exhaustion of domestic remedies and the applicants' lack of victim status;
5. *Declares admissible* unanimously the complaints under Article 3;

6. *Holds* unanimously that there has been a violation of Article 3 of the Convention on account of the fact that the applicants were exposed to the risk of being subjected to ill-treatment in Libya and rejects the Government's preliminary objection concerning the applicants' lack of victim status;
7. *Holds* unanimously that there has been a violation of Article 3 of the Convention on account of the fact that the applicants were exposed to the risk of being repatriated to Somalia and Eritrea;
8. *Declares admissible* unanimously the complaint under Article 4 of Protocol No. 4;
9. *Holds* unanimously that there has been a violation of Article 4 of Protocol No. 4;
10. *Declares admissible* unanimously the complaint under Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 3 and Article 4 of Protocol No. 4 to the Convention;
11. *Holds* unanimously that there has been a violation of Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 3 and of Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 4 of Protocol No. 4 to the Convention and rejects the Government's preliminary objection concerning the non-exhaustion of domestic remedies;
12. *Holds* unanimously
 - (a) that the respondent State is to pay the applicants, within three months, the following amounts:
 - (i) EUR 15,000 (fifteen thousand euros) each, plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage, which sums are to be held by the representatives in trust for the applicants;
 - (ii) EUR 1,575.74 (one thousand five hundred and seventy-five euros seventy-four cents) in total, plus any tax that may be chargeable to the applicants, 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.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 23 February 2012 pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Michael O'Boyle
Registrar

Nicolas Bratza
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the separate opinion of Judge Pinto de Albuquerque is annexed to this judgment.

N.B.
M.O'B.

CONCURRING OPINION
OF JUDGE PINTO DE ALBUQUERQUE

The *Hirsi Jamaa* case is about the international protection of refugees, on the one hand, and the compatibility of immigration and border-control policies with international law, on the other hand. The ultimate question in this case is how Europe should recognise that refugees have “the right to have rights”, to quote Hannah Arendt¹. The answer to these extremely sensitive political problems lies in the intersection between international human rights law and international refugee law. Although I agree with the Grand Chamber’s judgment, I would like to analyse the present case in the context of a principled and comprehensive approach to these problems which takes account of the intrinsic link between those two fields of international law.

The prohibition of *refoulement* of refugees

Provision is made in international refugee law for the prohibition of *refoulement* of refugees (Article 33 of the 1951 United Nations Convention relating to the Status of Refugees and Article 2 § 3 of the 1969 Organization of African Unity’s Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa – “the OAU Convention”), as well as in universal human rights law (Article 3 of the 1984 United Nations Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment of Punishment and Article 16 § 1 of the 2006 United Nations International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance) and regional human rights law (Article 22 § 8 of the 1969 American Convention on Human Rights, Article 12 § 3 of the 1981 African Charter of Human Rights and People’s Rights, Article 13 § 4 of the 1985 Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture and Article 19 § 2 of the 2000 Charter of Fundamental Rights of the European Union). There is no such explicit prohibition in the European Convention on Human Rights, but the principle has been acknowledged by the Court as extending beyond the similar guarantee under international refugee law.

1. Hannah Arendt described, like no one else, the mass movement of refugees in the twentieth century, made up of ordinary men and women who fled persecution for religious reasons. “A refugee used to be a person driven to seek refuge because of some act committed or some political opinion held. Well, it is true we have had to seek refuge; but we committed no acts and most of us never dreamt of having radical opinions. With us the meaning of the term ‘refugee’ has changed. Now ‘refugees’ are those of us who have been so unfortunate as to arrive in a new country without means and have to be helped by Refugee Committees.” (Hannah Arendt, “We Refugees”, in *The Menorah Journal*, 1943, republished in Marc Robinson (ed.), *Altogether Elsewhere: Writers on Exile*, Boston, Faber and Faber, 1994).

Under the European Convention, a refugee cannot be subjected to refoulement to his or her country of origin or any other country where he or she risks incurring serious harm caused by any identified or unidentified person or public or private entity. The act of refoulement may consist in expulsion, extradition, deportation, removal, informal transfer, “rendition”, rejection, refusal of admission or any other measure which would result in compelling the person to remain in the country of origin. The risk of serious harm may result from foreign aggression, internal armed conflict, extrajudicial death, enforced disappearance, death penalty, torture, inhuman or degrading treatment, forced labour, trafficking in human beings, persecution, trial based on a retroactive penal law or on evidence obtained by torture or inhuman and degrading treatment, or a “flagrant violation” of the essence of any Convention right in the receiving State (direct refoulement) or from further delivery of that person by the receiving State to a third State where there is such a risk (indirect refoulement)¹.

In fact, the *non-refoulement* obligation can be triggered by a breach or the risk of a breach of the essence of any European Convention right, such as the right to life, the right to physical integrity and the corresponding prohibition of torture and ill-treatment² or the “flagrant violation” of the right to a fair trial³, the right to liberty⁴, the right to privacy⁵ or of any other

1. The extension of the prohibition on indirect or “chain” *refoulement* has been acknowledged in European human rights law (see *T.I. v. the United Kingdom* (dec.), no. 43844/98, ECHR 2000-III; *Müslim v. Turkey*, no. 53566/99, §§ 72-76, 26 April 2005; and *M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC], no. 30696/09, § 286, ECHR 2011); in universal human rights law (see United Nations Human Rights Committee General Comment No. 31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 26 May 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, paragraph 12, and Committee Against Torture, General Comment No. 1: Implementation of Article 3 of the Convention in the Context of Article 22 (*Refoulement and Communications*), 21 November 1997, A/53/44, Annex IX, paragraph 2, and *Korban v. Sweden*, Communication No. 88/1997, 16 November 1998, UN Doc. CAT/C/21/D/88/1997); and in international refugee law (UN Doc. E/1618, E/AC.32/5: the *Ad Hoc* Committee reported that the draft Article referred “not only to the country of origin but also to other countries where the life or freedom of the refugee would be threatened”, and UN Doc. A/CONF.2/SR.16 (Summary Record of the Sixteenth Meeting – Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, 11 July 1951): *refoulement* includes subsequent forcible return from the receiving country to another country where there would be a danger to life and liberty of the refugee, according to a Swedish proposal, which was later withdrawn by the Swedish representative, “stressing, however, that, as the President had also urged, the text of the Article should be interpreted as covering at least some of the situations envisaged in that part of the amendment”), and UNHCR, Note on *Non-Refoulement* (EC/SCP/2), 1977, paragraph 4.

2. *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, § 88, Series A no. 161, and *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*, 30 October 1991, § 103, Series A no. 215. This ill-treatment may even include appalling living conditions in the receiving State (*M.S.S. v. Belgium and Greece*, cited above, §§ 366-67).

3. *Soering*, cited above, § 113; *Einhorn v. France* (dec.), no. 71555/01, § 32, ECHR 2001-XI; and *Al-Saadoon and Mufidhi v. the United Kingdom*, no. 61498/08, § 149, ECHR 2010.

4. *Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom*, no. 8139/09, § 233, ECHR 2012.

5. *Bensaid v. the United Kingdom*, no. 44599/98, § 46, ECHR 2001-I; *Boultif v. Switzerland*, no. 54273/00, § 39, ECHR 2001-IX; and *Mawaka v. the Netherlands*, no. 29031/04, § 58, 1 June 2010.

Convention right¹.

The same standard applies to universal human rights law in the light of the Convention Against Torture², the Convention on the Rights of Children³ and the International Covenant on Civil and Political Rights⁴. In line with this standard, the United Nations General Assembly has already declared that “no one shall be involuntarily returned or extradited to a country where there are substantial grounds for believing that he or she may become a victim of extra-legal, arbitrary or summary execution”⁵, and “No State shall expel, return (*refouler*) or extradite a person to another State where there are substantial grounds to believe that he would be in danger of enforced disappearance”⁶.

1. See the correct interpretation of the Court’s jurisprudence made by the House of Lords in *Regina v. Special Adjudicator (Respondent) ex parte Ullah (FC) (Appellant) Do (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* [2004] UKHL 26, paragraphs 24 and 69, and, among legal scholars, Jane McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, 2007, pp. 171-72, and Goodwin-Gill and McAdam, *The refugee in International Law*, 3rd edn, Oxford, 2007, p. 315.
2. As applied by the United Nations Committee Against Torture in *Balabou Mutombo v. Switzerland*, Communication No. 13/1993, 27 April 1994, and *Tahir Hussain Khan v. Canada*, Communication No. 15/1994, 18 November 1994, and Conclusions and Recommendations, Canada, CAT/C/CR/34/CAN, 7 July 2005, paragraph 4.a), that criticised “[t]he failure of the Supreme Court of Canada, in *Suresh v. Minister of Citizenship and Immigration*, to recognize at the level of domestic law the absolute nature of the protection of Article 3 of the Convention, which is not subject to any exception whatsoever ...”.
3. As interpreted by the United Nations Committee on the Rights of the Child in its General Comment No. 6 (2005) – Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, UN Doc. CRC/GC/2005/6, 1 September 2005, paragraph 27: “... States shall not return a child to a country where there are substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm to the child, such as, but by no means limited to, those contemplated under Articles 6 and 37 of the Convention, either in the country to which removal is to be effected or in any country to which the child may subsequently be removed ...”.
4. As applied by the United Nations Human Rights Committee in *A.R.J. v. Australia*, Communication No. 692/1996, 11 August 1997, paragraph 6.9 (“If a State party deports a person within its territory and subject to its jurisdiction in such circumstances that as a result, there is a real risk that his or her rights under the Covenant will be violated in another jurisdiction, that State party itself may be in violation of the Covenant.”), confirmed by *Judge v. Canada*, Communication No. 829/1998, 5 August 2003, paragraphs 10.4-10.6, regarding the risk of being submitted to the death penalty in the receiving State. On another occasion, the same body concluded that “in certain circumstances an alien may enjoy the protection of the Covenant even in relation to entry or residence, for example, when considerations of non-discrimination, prohibition of inhuman treatment and respect for family life arise” (United Nations Human Rights Committee General Comment No. 15 (1986), paragraph 5, reiterated in General Comment No. 19, 1990, paragraph 5, with regard to family life, and in General Comment No. 20, 1992, paragraph 9, with regard to torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment).
5. Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions, Economic and Social Council Resolution 1989/65, 24 May 1989, paragraph 5, endorsed by the UNGA Resolution A/Res/44/162, 15 December 1989.
6. Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearance, UNGA Resolution 47/133, 18 December 1992, Article 8 § 1.

Although the concept of refugee contained in Article 33 of the United Nations Convention relating to the Status of Refugees is less extensive than the one under international human rights law, international refugee law has evolved by assimilating the broader human rights standard and thus enlarging the Convention concept of refugee (incorrectly called de jure refugees) to other individuals who are in need of complementary international protection (incorrectly called de facto refugees). The best examples are Article I § 2 of the OAU Convention, Article III § 3 of the 1984 Cartagena Declaration on Refugees, Article 15 of the Council of the European Union Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third-country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted and Recommendation (2001) 18 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on subsidiary protection.

In any case, neither international refugee law nor international human rights law distinguishes the regime applicable to refugees from the one applicable to individuals benefiting from complementary protection. The content of international protection, including the guarantee of non-refoulement, is strictly identical for both categories of persons¹. There is no legitimate reason to protect “de jure refugees” better than “de facto refugees”, since they all share the same need for international protection. Any difference of treatment would result in the creation of a second class of refugees, subject to a discriminatory regime. The same conclusion applies to situations of mass influx of refugees. Groups of refugees cannot be subject to a diminished status based on an “inherent” mass-influx exception to “genuine” refugee status. To provide reduced, subsidiary protection (for example, with less extensive entitlements regarding access to residence permits, employment, social welfare and health care) for people who arrive as part of a mass influx would be unjustified discrimination.

A person does not become a refugee because of recognition, but is recognised because he or she is a refugee². As the determination of refugee status is merely declaratory, the principle of non-refoulement applies to those who have not yet had their

1. See, for instance, Article VIII (2) of the OAU Convention, conclusions III (3) and (8) of the 1984 Cartagena Declaration on Refugees, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 10, rev. 1, pp. 190-93, and paragraph 5 of Recommendation Rec (2001)18 of the Committee of Ministers of the Council of Europe. The different approach of Directive 2004/83/EC is highly problematic for the reasons stated in the above text.

2. See Recommendation No. R (84) 1 of the Committee of Ministers to member States on the protection of persons satisfying the criteria in the Geneva Convention who are not formally recognised as refugees, and UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 1979, re-edited 1992, paragraph 28.

*status declared (asylum-seekers) and even to those who have not expressed their wish to be protected. Consequently, neither the absence of an explicit request for asylum nor the lack of substantiation of the asylum application with sufficient evidence may absolve the State concerned of the non-refoulement obligation in regard to any alien in need of international protection*¹. No automatic negative conclusions can be drawn from the lack of an asylum application or the lack of sufficient evidence supporting the asylum application, since the State has a duty to investigate, of its own motion, any situation of need for international protection, especially when, as the Court has stressed, the facts which constitute the risk to the applicant “were well known before the transfer of the applicant and were freely ascertainable from a wide number of sources”.

Although the obligation in the United Nations Convention relating to the Status of Refugees is subject to exceptions on national security and public safety grounds, no such exceptions can be found in European human rights law², nor in universal human rights law³: there is no personal, time or space limit to its application. Thus, it applies even in exceptional circumstances, including in a declared state of emergency.

Since refugee-status determination is instrumental in protecting primary human rights, the nature of the prohibition of *refoulement* depends on the nature of the human right being protected by it. *When there is a risk of serious harm as a result of foreign aggression, internal armed conflict, extrajudicial death, forced disappearance, death penalty, torture, inhuman or degrading treatment, forced labour, trafficking in human beings, persecution, or trial based on a retroactive penal law or on evidence gathered by torture or inhuman and degrading treatment in the receiving State, the obligation of non-refoulement is an absolute obligation of all States.* When there is a risk of a violation of any European Convention right (other than the right to life and physical integrity and the principle of legality in criminal law) in the receiving State, the State may derogate from its duty to provide for international protection,

1. *M.S.S. v. Belgium and Greece*, cited above, § 366.

2. *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, §§ 79-80, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, and in proceedings for the expulsion of a refugee, *Ahmed v. Austria*, 17 December 1996, §§ 40-41, *Reports* 1996-VI.

3. United Nations Committee Against Torture, *Tapia Paez v. Sweden*, Communication No. 39/1996, 28 April 1997, CAT/C/18/D/39/1996, paragraph 14.5, and *MBB v. Sweden*, Communication No. 104/1998, 5 May 1999, CAT/C/22/D/104/1998 (1999), paragraph 6.4, and United Nations Human Rights Committee General Comment No. 20: Replaces General Comment No. 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment (Article 7), 10 March 1992, paragraphs 3 and 9, and General Comment No. 29 on States of Emergency (Article 4), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 August 2001, paragraph 11, Considerations of reports: Concluding Observations on Canada, UN Doc. CCPR/C/79/Add.105, 7 April 1999, paragraph 13, and Concluding Observations on Canada, UN Doc. CCPR/C/CAN/CO/5, 20 April 2006, paragraph 15.

depending on the assessment of the proportionality of the competing values involved. There is an exception to this proportionality test: *when the risk of a violation of any European Convention right (other than the right to life and physical integrity and the principle of legality in criminal law) in the receiving State is “flagrant” and the very essence of that right is at stake, the State is unavoidably bound by the obligation of non-refoulement.*

With this extension and content, the prohibition of refoulement is a principle of customary international law, binding on all States, even those not parties to the United Nations Convention relating to the Status of Refugees or any other treaty for the protection of refugees. In addition, it is a rule of jus cogens, on account of the fact that no derogation is permitted and of its peremptory nature, since no reservations to it are admitted (Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Article 42 § 1 of the United Nations Convention relating to the Status of Refugees and Article VII § 1 of the 1967 Protocol). This is now the prevailing position in international refugee law as well¹.

Thus, the exceptions provided for in Article 33 § 2 of the United Nations Convention relating to the Status of Refugees cannot be invoked in respect of primary human rights from which no derogation is permitted (right to life and physical integrity and the principle of legality in criminal law). Furthermore, an individual who comes under the ambit of Article 33 § 2 of the United Nations Convention relating to the Status of Refugees will nevertheless benefit from the protection provided by more generous international human rights law, such as the European Convention on

1. See the fundamental Declaration of States Parties to the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, UN Doc. HCR/MMSP/2001/9, 16 January 2002, paragraph 4, which noted that “the continuing relevance and resilience of this international regime of rights and principles, including at its core the principle of *non-refoulement*, whose applicability is embedded in customary international law”, and UNHCR, “The Principle of *Non-Refoulement* as a Norm of Customary International Law – Response to the Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93”, 31 January 1994, and even more categorical, the fifth concluding paragraph of the 1984 Cartagena Declaration on Refugees, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 10, rev. 1, pp. 90-93, which affirms that “[t]his principle is imperative in regard to refugees and in the present state of international law should be acknowledged and observed as a rule of *jus cogens*”, reiterated by the 2004 Mexico Declaration and Plan of Action to Strengthen International Protection of Refugees in Latin America, and, among legal scholars, Lauterpacht and Bethlehem, “The scope and content of the principle of *non-refoulement*: Opinion”, in *Refugee Protection in International Law – UNHCR’s Global Consultation on International Protection*, Cambridge, 2003, pp. 87 and 149, Goodwin-Gill and McAdam, cited above, p. 248, Caroline Lantero, *Le droit des réfugiés entre droits de l’homme et gestion de l’immigration*, Brussels, 2011, p. 78, and Kälin/Caroni/Heim on Article 33 § 1, marginal notes 26-34, in Andreas Zimmermann (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol – A Commentary*, Oxford, 2011, pp. 1343-46.

Human Rights. Those exceptions can be applied only with regard to primary human rights, from which derogation is permitted, by those States parties to the United Nations Convention relating to the Status of Refugees which have not ratified any more generous treaty. Even in that case, the exceptions must be interpreted restrictively and applied only when the particular circumstances of the case and the individual characteristics of the person show that he or she represents a danger to the community or national security¹.

The prohibition of *refoulement* is not limited to the territory of a State, but also applies to extraterritorial State action, including action occurring on the high seas. This is true under international refugee law, as interpreted by the Inter-American Commission on Human Rights², the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR)³, the United Nations General Assembly⁴ and the House of Lords⁵, and under universal

1. Committee of Ministers of the Council of Europe Recommendation Rec(2005)6 on exclusion from refugee status in the context of Article 1 F of the Convention relating to the Status of Refugees of 28 July 1951. For instance, conclusive (or non-rebuttable) presumptions of dangerousness of a person drawn from the nature of the crimes committed or the gravity of the penalty imposed are arbitrary.

2. *The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States*, Case 10.675, Report No. 51/96, OEA/Ser.L/V/II.95, Doc. 7 rev., 13 March 1997, paragraph 157, stating that there are “no geographical limitations” to *non-refoulement* obligations resulting from Article 33 of the United Nations Refugee Convention. In paragraph 163, the Inter-American Commission also concluded that the push-back actions of the United States breached Article XXVII of the American Declaration of Human Rights.

3. Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of *Non-Refoulement* Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, 26 January 2007, paragraph 24, and “Background Note on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees Rescued at Sea”, 18 March 2002, paragraph 18, United Nations High Commissioner for Refugees responds to US Supreme Court Decision in *Sale v. Haitian Centers Council*, in *International Legal Materials*, vol. 32, 1993, p. 1215, and “The Haitian Interdiction Case 1993: Brief *Amicus Curiae*”, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 6, 1994, pp. 85-102.

4. Declaration on Territorial Asylum, adopted on 14 December 1967, UNGA resolution 2312 (XXII), A/RES/2312(XXII), according to which “No person referred to in Article 1, paragraph 1, shall be subjected to measures such as rejection at the frontier or, if he has already entered the territory in which he seeks asylum, expulsion or compulsory return to any State where he may be subjected to persecution.”

5. *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another (Respondents) ex parte European Roma Rights Centre and others (Appellants)* [2004] UKHL 55, paragraph 26: “There would appear to be general acceptance of the principle that a person who leaves the state of his nationality and applies to the authorities of another state for asylum, whether at the frontier of the second state or from within it, should not be rejected or returned to the first state without appropriate enquiry into the persecution of which he claims to have a well-founded fear.” In paragraph 21, Lord Bingham of Cornhill clearly indicated that he followed the Inter-American Commission’s ruling in the *Haiti* case: “The appellants’ position differs by an order of magnitude from that of the Haitians, whose plight was considered in *Sale*, above, and whose treatment by the United States authorities was *understandably* held by the Inter-American Commission of Human Rights (Report No. 51/96, 13 March 1997, paragraph 171) to breach their right to life, liberty and security of their persons as well as the right to asylum protected by Article XXVII of the American Declaration of the Rights and Duties of Man, of which the Commission found the United States to be in breach in paragraph 163” (italics added for emphasis).

human rights law, as applied by the United Nations Committee Against Torture¹ and the United Nations Human Rights Committee².

Renowned international law scholars have followed this approach³.

The fact that some Supreme Courts, such as the United States Supreme Court⁴ and the High Court of Australia⁵, have reached different conclusions is not decisive.

It is true that the statement of the Swiss delegate to the conference of plenipotentiaries that the prohibition of *refoulement* did not apply to refugees arriving at the border was supported by other delegates, including the Dutch delegate, who noted that the conference was in agreement with this interpretation⁶. It is also true that Article 33 § 2 of the United Nations Convention relating to the Status of Refugees exempts from the

1. Conclusions and recommendations of the CAT concerning the second report of the United States of America, CAT/C/USA/CO/2, 2006, paragraphs 15 and 20, affirming that the State must ensure that the *non-refoulement* obligation is “fully enjoyed, by all persons under the effective control of its authorities ... wherever located in the world”, and in *J.H.A. v. Spain*, CAT/C/41/D/323/2007 (2008), which found Spain’s responsibility engaged with regard to *non-refoulement* obligations where it interdicted sea migrants and conducted extraterritorial refugee-status determination.

2. General Comment No. 31 [80]: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004, paragraph 12, underlining that a State must respect the principle of *non-refoulement* “for all persons in their territory and all persons under their control”, Concluding Observations of the Human Rights Committee: United States of America, CCPR/C/79/Add.50, 1995, paragraph 284, and *Kindler v. Canada*, Communication No. 470/1991, 30 July 1993, paragraph 6.2, and *A.R.J. v. Australia*, Communication No. 692/1996, 11 August 1997, paragraph 6.8.

3. See, among others, Guy Goodwin-Gill, “The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of *Non-Refoulement*”, inaugural lecture at the Palais des Académies, Brussels, 16 February 2011, p. 2, and Goodwin-Gill and McAdam, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007, p. 248, Bank, Introduction to Article 11, marginal notes 57-82, in Andreas Zimmermann (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol – A Commentary*, Oxford, 2011, pp. 832-41, and, in the same book, Kalin/Caroni/Heim on Article 33, marginal notes 86-91, pp. 1361-63, Frelick, “Abundantly Clear”: *Refoulement*”, in *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 19, 2005, pp. 252-53, Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2005, p. 339, Lauterpacht and Bethlehem, cited above, p. 113, Pallis, “Obligations of States towards Asylum Seekers at Sea: Interactions and Conflicts between Legal Regimes”, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 14, 2002, pp. 346-47, Meron, “Extraterritoriality of Human Rights Treaties”, in *American Journal of International Law*, vol. 89, 1995, p. 82, Koh, “The ‘Haiti Paradigm’ in United States Human Rights Policy”, in *The Yale Law Journal*, vol. 103, 1994, p. 2415, and Helton, “The United States Government Program of Intercepting and Forcibly Returning Haitian Boat People to Haiti: Policy Implications and Prospects”, in *New York Law School Journal of Human Rights*, vol. 10, 1993, p. 339.

4. *Sale v. Haitian Centers Council*, 509 US 155 (1993), with a powerful dissenting opinion of Justice Blackmun.

5. *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Haji Ibrahim*, [2000] HCA 55, 26 October 2000, S157/1999, paragraph 136, and *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Khawar*, [2002] HCA 14, 11 April 2002, S128/2001, paragraph 42.

6. See, for the same argument, Robinson, *Convention Relating to the Status of Refugees: Its History, Contents and Interpretation – A Commentary*, New York, 1953, p. 163, and Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention 1951 – Articles 2-11, 13-37*, Geneva, 1997, p. 135.

prohibition of *refoulement* a refugee who constitutes a danger to the security of a country “in which he is”, and that refugees on the high seas are in no country. One might be tempted to construe Article 33 § 1 as containing a similar territorial restriction. If the prohibition of *refoulement* were to apply on the high seas, it would create a special regime for dangerous aliens on the high seas, who would benefit from the prohibition, while dangerous aliens residing in the country would not.

With all due respect, the United States Supreme Court’s interpretation contradicts the literal and ordinary meaning of the language of Article 33 of the United Nations Convention relating to the Status of Refugees and departs from the common rules of treaty interpretation. According to Article 1 § 1 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, a treaty provision should be interpreted in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. When the meaning of a treaty is clear from its text when read in the light of its letter, object and purpose, supplementary sources, such as the preparatory works, are unnecessary¹. The historical supplementary source is even less necessary when it is itself not clear, as in this case, since the *Ad Hoc* Committee responsible for the drafting of the Convention defended the view that the obligation of *non-refoulement* includes refugees who have not yet entered the territory²; the United States representative affirmed during the drafting of Article 33 that it should not matter if the refugee had crossed the border or not³; the Dutch representative formulated his reservation only in respect of “large groups of refugees seeking access to its territory”; and the president of the conference of plenipotentiaries merely “ruled that the interpretation given by the Netherlands representative should be placed on record”, that is, that the possibility of mass migrations across frontiers was considered by the Netherlands not to be covered by Article 33⁴.

Unlike other provisions of the United Nations Convention relating to the Status of Refugees, the applicability of Article 33 § 1 does not depend on the presence of a refugee in the territory of a State. The only geographical restriction in Article 33 § 1 refers to the country to which a refugee may be sent, not the place where he or she is sent from. In addition, the French term of *refoulement* includes the removal, transfer, rejection or refusal of

1. PCIJ, Interpretation of Article 3 § 2 of the Treaty of Lausanne (Frontier between Turkey and Iraq), Advisory Opinion No. 12, 21 November 1925, p. 22, and the *Lotus* Case, 7 September 1927, p. 16; and the ICJ, Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, Advisory Opinion, 3 March 1950 – General List No. 9, p. 8.

2. UN Doc. E/AC.32/SR.21, paragraphs 13-26.

3. UN Doc. E/AC.32/SR.20, paragraphs 54-56.

4. UN Doc. A/CONF.2/SR.35.

admission of a person¹. The deliberate insertion of the French word in the English version has no other possible meaning than to stress the linguistic equivalence between the verb return and the verb *refouler*. Furthermore, the preamble of the Convention states that it endeavours to “assure refugees the widest possible exercise of these fundamental rights and freedoms” and this purpose is reflected in the text of Article 33 itself through the clear expression “in any manner whatsoever” (*de quelque manière que ce soit*), including all types of State actions to expel, extradite or remove an alien in need of international protection. Lastly, no argument can be drawn from the territorial reference in Article 33 § 2 (“the country in which he is”) in support of rejecting the extraterritorial application of Article 33 § 1, because Article 33 § 2 merely provides for an exception to the rule formulated in Article 33 § 1. The scope of application of a rule beneficial to refugees should not be limited by a territorial reference foreseen in the exception to the rule. Such a “spill-over effect” of the detrimental exception to a favourable rule is unacceptable.

According to Article 31 § 1 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, a treaty provision should be interpreted in good faith. It is accepted that good faith is not in itself a source of obligations where none would otherwise exist², but it does provide an important tool for defining the extension of existing obligations, especially in the face of State actions and omissions which have the effect of circumventing treaty obligations³. A State lacks good faith in the implementation of a treaty not only when it infringes, by action or omission, the obligations resulting from the treaty, but also when it frustrates the obligations which it has accepted, by obstructing the normal functioning of the treaty guarantee. The forcible impediment of the triggering mechanism of application of a treaty obligation constitutes an obstruction to the treaty itself, contrary to the principle of good faith (the obstruction test). A State also lacks good faith when it engages in conduct outside its territory which would be unacceptable inside in view of its treaty obligations (the double-standard test). A double-standard policy based on the place where it is executed infringes the treaty obligation, which is binding on the State in question. The application of both tests leads to the conclusion that “push-back” operations performed on high seas, without

1. Alland and Teitgen-Colly, *Traité du droit de l'asile*, Paris, 2002, p. 229: “L'expression française de 'refoulement' vise à la fois l'éloignement du territoire et la non-admission à l'entrée”.

2. ICJ, in *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, judgment of 20 December 1988, paragraph 94.

3. See, for example, the reasoning of the Human Rights Committee, in *Judge v. Canada*, Comm. No. 829/1998, 5 August 2003, paragraph 10.4.

any assessment of the individual needs for international protection, are unacceptable¹.

One last obstacle to the prohibition of *refoulement* lies in the territory of origin of the asylum-seeker. The United Nations Convention relating to the Status of Refugees requires that the individual be outside his or her country of origin, which seems to be incompatible with diplomatic asylum, at least when this concept is interpreted in accordance with the International Court of Justice's conservative reasoning in the Asylum Case². *But the right to seek asylum requires the complementary right to leave one's country to seek asylum. States cannot therefore restrict the right to leave a country and find effective protection outside it*³. Although no State has a duty to grant diplomatic asylum, the need for international protection is even more pressing in the case of an asylum-seeker who is still in the country where his or her life, physical integrity and liberty are under threat. Proximity to the sources of risk makes it even more necessary to protect those at risk in their own countries. If not international refugee law, at least *international human rights law imposes on States a duty to protect in these circumstances and failure to take adequate positive measures of protection will constitute a breach of that law*. States cannot turn a blind eye to an evident need for protection. For instance, if a person in danger of being tortured in his or her country asks for asylum in an embassy of a State bound by the European Convention on Human Rights, a visa to enter the territory of that State has to be granted, in order to allow the launching of a proper asylum procedure in the receiving

1. This conclusion is, in fact, in accordance with American policy prior to the 1992 presidential order, since the United States of America considered the prohibition of *refoulement* applicable to actions undertaken on the high seas (Legomsky, "The USA and the Caribbean Interdiction Program", in *International Journal of Refugee Law*, 18, 2006, p. 679). This conclusion also corresponds to actual American policy, since the United States of America has not only abandoned the said policy of summarily returning sea migrants to Haiti without any individual evaluation of the situation of the asylum-seekers, but has itself criticised that same policy in the "Trafficking in Persons Report 2010" of the State Department when referring negatively to the Italian push-back practices in the Mediterranean ("... Further, the Italian government implemented an accord with the government of Libya during the reporting period that allowed for Italian authorities to interdict, forcibly return and re-route boat migrants to Libya. According to Amnesty International and Human Rights Watch the government failed to conduct even a cursory screening among these migrants for indications of trafficking ...").

2. The Asylum Case (*Colombia v. Peru*), judgment of 20 November 1950 (General List No. 7, 1949-50): "Such a derogation from territorial sovereignty cannot be recognized unless its legal basis is established in each particular case".

3. See Article 17 of the 1889 Montevideo Treaty on International Penal Law, Article 2 of the 1928 Convention fixing the rules to be observed for the granting of asylum (Havana Convention) and Articles V and XII of the 1954 Caracas Convention on Diplomatic Asylum, and, for a comprehensive study, Question of Diplomatic Asylum: Report of the Secretary-General, 22 September 1975, UN Doc. A/10139 (Part II), and Denza, Diplomatic Asylum, in Andreas Zimmermann (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol – A Commentary*, Oxford, 2011, pp. 1425-40.

State. This will not be a merely humanitarian response, deriving from the good will and discretion of the State. A positive duty to protect will then arise under Article 3. In other words, a country's visa policy is subject to its obligations under international human rights law. Significant statements to this effect have been made by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe¹, the European Committee for the Prevention of Torture² and UNHCR³.

This conclusion is also borne out by European history. In fact, there were several remarkable episodes relating to protective visas in Europe during the Second World War. The efforts of the Swedish diplomat Wallenberg and others in Budapest, and of the Portuguese diplomat Sousa Mendes in Bordeaux and Bayonne are well-known examples and have recently been mentioned as a valid precedent for the establishment of a formal protected entry procedure through diplomatic missions of European Union member States⁴.

1. Parliamentary Assembly Recommendation 1236 (1994) on the right of asylum, which does "insist that asylum procedures and visa policies, in particular ones recently changed through national laws or on the basis of European Union treaties, continue to be based on the 1951 Geneva Convention and the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms – remembering that the latter also implies obligations *vis-à-vis* persons who are not necessarily refugees in the sense of the 1951 Geneva Convention – and allow no infringements to be made, especially not on the generally accepted principle of *non-refoulement*, and the prohibition of rejection of asylum-seekers at the border ...".

2. Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 27 to 31 July 2009, paragraph 29: "The prohibition of *refoulement* extends to all persons who may be within a State's territory or otherwise subject to its jurisdiction. The European Court of Human Rights has recognised a number of specific situations which may give rise to an extraterritorial application of ECHR obligations and engage a State's responsibility in this respect. A State's extraterritorial jurisdiction may be based, in particular, on (a) the activities of the State's diplomatic or consular agents abroad ..."

3. The UNHCR accepted the applicability of the *non-refoulement* obligation on the territory of another State in its Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of *Non-Refoulement* Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, 26 January 2007, paragraph 24 ("... UNHCR is of the view that the purpose, intent and meaning of Article 33 § 1 of the 1951 Convention are unambiguous and establish an obligation not to return a refugee or asylum-seeker to a country where he or she would be [at] risk of persecution or other serious harm, which applies wherever a State exercises jurisdiction, including at the frontier, on the high seas or on the territory of another State.").

4. See the Study on the Feasibility of Processing Asylum Claims Outside the EU Against the Background of the Common European Asylum System and the Goal of a Common Asylum Procedure, Danish Centre for Human Rights (on behalf of the European Commission), 2002, p. 24, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the Managed Entry in the EU of Persons in Need of International Protection and the Enhancement of the Protection Capacity of the Regions of Origin – Improving Access to Durable Solutions, Com(2004) 410 final; Comments of the European Council on Refugees and Exiles on the Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the Managed Entry in the EU of Persons in Need of International Protection and the Enhancement of the Protection Capacity of the Regions of Origin – Improving Access to Durable Solutions, CO2/09/2004/ext/PC, and UNHCR Observations on the European Commission Communication "On the Managed Entry in the EU of Persons in Need of International

It is worth recalling the latter episode: after the invasion of France by Nazi Germany and the surrender of Belgium, thousands of people fled to southern France, particularly to Bordeaux and Bayonne. Touched by the despair of these people, the Portuguese Consul of Bordeaux, Aristides de Sousa Mendes, found himself in a painful dilemma: should he comply with the clear orders of a 1939 governmental circular to refuse any visa to stateless persons, “persons with Nansen passports”, “Russians”, “Jews expelled from their countries of citizenship or residence” or all those “who were not in a condition to return freely to their countries of origin” or should he follow his conscience and international law, disobey the government’s orders and grant these visas? He chose to follow his conscience and international law and granted visas to more than 30,000 people persecuted on grounds of their nationality, religious belief or political affiliation. For that act of disobedience, the Consul paid a high price: after being expelled from his diplomatic career, he died alone and in misery and his entire family had to leave Portugal¹.

Had this episode taken place today, the Portuguese diplomat would have acted in full accordance with the standard of protection of the European Convention on Human Rights. Indeed, his action would have been the only acceptable response to those in need of international protection.

The prohibition of collective expulsion

The non-refoulement obligation has two procedural consequences: the duty to advise an alien of his or her rights to obtain international protection and the duty to provide for an individual, fair and effective refugee-status determination and assessment procedure. Discharging the *non-refoulement* obligation requires an evaluation of the personal risk of harm, which can only take place if aliens have access to a fair and effective procedure by which their cases are considered individually. The two aspects are so intertwined that one could say they are two sides of the same coin. Thus, the collective expulsion of aliens is unacceptable.

The prohibition of collective expulsion of aliens is foreseen in Article 4 of Protocol No. 4 to the European Convention on Human Rights, Article 19 § 1 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, Article 12

Protection and Enhancement of the Protection Capacity of the Regions of Origin: Improving Access to Durable Solutions”, 30 August 2004.

1. See, among others, entry on Aristides de Sousa Mendes, in *Encyclopaedia of the Holocaust*, Macmillan, New York, 1990, Wheeler, “And Who Is My Neighbor? A World War II Hero or Conscience for Portugal”, in *Luso-Brazilian Review*, vol. 26, 1989, pp. 119-39, Fralon, *Aristides de Sousa Mendes – Le Juste de Bordeaux*, Mollat, Bordeaux, 1998, and Afonso, “Le Wallenberg portugais”: Aristides de Sousa Mendes”, in the *Revue d’histoire de la Shoah*, Le monde juif, No. 165, 1999, pp. 6-28.

§ 5 of the African Charter on Human and People's Rights, Article 22 § 9 of the American Convention on Human Rights, Article 26 § 2 of the Arab Charter on Human Rights, Article 25 § 4 of the Commonwealth of Independent States Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and Article 22 § 1 of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families.

For the refugee-status determination procedure to be individual, fair and effective, it must necessarily have at least the following features: (1) a reasonable time-limit in which to submit the asylum application; (2) a personal interview with the asylum applicant before the decision on the application is taken; (3) the opportunity to submit evidence in support of the application and dispute evidence submitted against the application; (4) a fully reasoned written decision by an independent first-instance body, based on the asylum-seeker's individual situation and not solely on a general evaluation of his or her country of origin, the asylum-seeker having the right to rebut the presumption of safety of any country in his or her regard; (5) a reasonable time-limit in which to appeal against the decision and automatic suspensive effect of an appeal against the first-instance decision; (6) full and speedy judicial review of both the factual and legal grounds of the first-instance decision; and (7) free legal advice and representation and, if necessary, free linguistic assistance at both first and second instance, and unrestricted access to UNHCR or any other organisation working on behalf of UNHCR¹.

1. See, for the standard of international human rights and refugee law, *Andric v. Sweden*, (dec.), no. 45917/99, 23 February 1999; *Čonka v. Belgium*, no. 51564/99, §§ 81-83, ECHR 2002-I; *Gebremedhin [Gaberamadhien] v. France*, no. 25389/05, §§ 66-67, ECHR 2007-II; *M.S.S. v. Belgium and Greece*, cited above, §§ 301-02 and 388-89; and *I.M. v. France*, no. 9152/09, § 154, 2 February 2012; Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 27 to 31 July 2009, paragraph 27; Recommendation Rec (2003)5 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on measures of detention of asylum-seekers, Recommendation No. R (98) 13 of the Committee of Ministers on the right of rejected asylum-seekers to an effective remedy against decisions on expulsion in the context of Article 3 of the European Convention on Human Rights, Recommendation Rec (81) 16 on the harmonisation of national procedures relating to asylum; Recommendation 1327 (1997) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on the protection and reinforcement of the human rights of refugees and asylum-seekers in Europe; Guidelines on human rights protection in the context of accelerated asylum procedures, adopted by the Committee of Ministers on 1 July 2009, and Improving Asylum Procedures: Comparative analysis and Recommendations for Law and Practice – Key Findings and Recommendations – A UNHCR research project on the application of key provisions of the Asylum Procedures Directive in selected Member States, March 2010, and UNHCR Provisional Comments on the Proposal for a Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status (Council Document 14203/04, 9 November 2004), 10 February 2005; European Council on Refugees and Exiles, Information Note on the Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on Minimum Standards on Procedures in Member States

These procedural guarantees apply to all asylum-seekers regardless of their legal and factual status, as has been recognised in international refugee law¹, universal human rights law² and regional human rights law³.

This conclusion is not prejudiced by the fact that the Court has decided that Article 6 of the European Convention is not applicable to expulsion or asylum procedures⁴. Neither is it prejudiced by the fact that some procedural

for Granting and Withdrawing Refugee Status, IN1/10/2006/EXT/JJ; International Law Commission, Sixty-second Session, Geneva, 3 May to 4 June and 5 July to 6 August 2010, Sixth report on expulsion of aliens, submitted by Maurice Kamto, Special Rapporteur, Addendum A/CN.4/625/Add.1, and Report of the International Law Commission, sixty-second session, 3 May to 4 June and 5 July to 6 August 2010, General Assembly, Official Records, Sixty-fifth Session, Supplement No. 10 (A/65/10), Chapter V, paragraphs 135-83; and House of Lords European Union Committee, Handling EU asylum claims: new approaches examined, HL Paper 74, 11th Report of Session 2003-04, and Minimum Standards in Asylum Procedures, HL Paper 59, 11th Report of Session 2000-01.

1. Executive Committee of UNHCR Conclusion No. 82 (XLVIII) on Safeguarding Asylum (1997), paragraph d (iii) and Executive Committee Conclusion No. 85 (XLIX) on International Protection (1998), paragraph q; UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/1P/4/Eng/Rev.1, 1992, paragraphs 189-223, and International Law Association, Resolution 6/2002 on Refugee Procedures (Declaration on International Minimum Standards for Refugee Procedures), 2002, paragraphs 1, 5 and 8.

2. See the judgment of the International Court of Justice of 30 November 2010 in the *Ahmadou Sadio Diallo* case, A/CN.4/625, paragraph 83, in the light of Article 13 of the International Covenant on Civil and Political Rights and Article 12 § 4 of the African Charter on Human and Peoples' Rights; United Nations Committee Against Torture, *SH v. Norway*, Communication No. 121/1998, 19 April 2000, CAT/C/23/D/121/1998 (2000), paragraph 7.4, and *Falcon Rios v. Canada*, Communication No. 133/1999, 17 December 2004, CAT/C/33/D/133/1999, para 7.3, Conclusions and Recommendations: France, CAT/C/FRA/CO/3, 3 April 2006, paragraph 6, Conclusions and Recommendations of the Committee against Torture: Canada, CAT/C/CR/34/CAN, 7 July 2005, paragraph 4 (c) and (d), Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 19 of the Convention – China, CAT/C/CHN/CO/4, 21 November 2008, paragraph 18 (D); United Nations Human Rights Committee, CCPR General Comment No. 15: The Position of Aliens under the Covenant, 1986, paragraph 10; United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Rec. 30, Discrimination against non-citizens, CERD/C/64/Misc.11/rev.3, 2004, paragraph 26; United Nations Special Rapporteur on the rights of non-citizens, final report of Mr David Weissbrodt, E/CN.4/Sub2/2003/23, paragraph 11; and United Nations Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Mr Jorge Bustamante, Annual report, Doc. A/HRC/7/12, 25 February 2008, paragraph 64.

3. Inter-American Commission, *The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States*, Case 10.675, paragraph 163, in view of Article XXVII of the American Declaration of Human Rights, and the judgment of the Court of Justice of the European Union of 28 July 2011, in *Brahim Samba Diouf v. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration* (C-69/10), in the light of Article 39 of Directive 2005/85/EC.

4. With regard to the expulsion procedure, see *Maaouia v. France* ([GC], no. 39652/98, ECHR 2000-X), and to the asylum procedure see *Katani and Others v. Germany* ((dec.), no. 67679/01, 31 May 2001). Like Judges Loucaides and Traja, I also have serious doubts about the proposition that, on account of the alleged discretionary and public-order element of the decisions taken in these procedures, they are not to be seen as determining the civil rights of the person concerned. I have two major reasons: firstly, these decisions will necessarily have major repercussions on the alien's private and professional and social life. Secondly, these decisions are not discretionary at all and do have to comply with international obligations, such as those resulting from the prohibition of *refoulement*. Anyway, the guarantees of the

guarantees in respect of expelled aliens can be found in Article 1 of Protocol No. 7. Article 4 of Protocol 4 and Article 1 of Protocol No. 7 are of the same nature: both are due procedure provisions, but they have substantially different personal scope. The due procedure provision of Article 4 of Protocol No. 4 is of much broader personal scope than the one provided for in Article 1 of Protocol No. 7, since the former includes all aliens regardless of their legal and factual status and the latter includes only aliens lawfully resident in the expelling State¹.

Having accepted the application of the *non-refoulement* principle to any State action conducted beyond State borders, one must logically go on to conclude that *the procedural guarantee of individual evaluation of asylum claims and the ensuing prohibition of collective expulsion are not limited to the land and maritime territory of a State but also apply on the high seas*².

In fact, neither the letter nor the spirit of Article 4 of Protocol No. 4 indicates that the provision is not applicable extraterritorially. The letter of the provision has no territorial limitation. In addition the provision refers very broadly to aliens, and not to residents, nor even to migrants. The purpose of the provision is to guarantee the right to lodge a claim for asylum which will be individually evaluated, regardless of how the asylum-seeker reached the country concerned, be it by land, sea or air, be it legally or illegally. Thus, the spirit of the provision requires a similarly broad interpretation of the notion of collective expulsion which includes any collective operation of extradition, removal, informal transfer, “rendition”, rejection, refusal of admission and any other collective measure which would have the effect of

asylum procedure can also be derived from Article 4 of Protocol No. 4 and even from the Convention itself. In fact, the Court has already based its assessment of the fairness of an asylum procedure on Article 3 of the Convention (*Jabari v. Turkey*, no. 40035/98, §§ 39-40, ECHR 2000-VIII). In addition, the Court has used Article 13 of the Convention to censure the lack of an effective remedy against the rejection of an asylum application (*Chahal*, cited above, § 153, and *Gebremedhin [Gaberamadhin]*, cited above, § 66). In other words, the content of the procedural guarantees of the prohibition of *refoulement* derives, ultimately, from those Convention Articles which protect human rights from which no derogation is permitted (such as, for example, Article 3), in conjunction with Article 13, as well as from Article 4 of Protocol No. 4.

1. *Ćonka*, cited above, where the applicants had at the time of the expulsion already lost their permission to remain and were under an order to leave the country. See also, for the applicability of other regional conventions to aliens not lawfully on the territory, Inter-American Court of Human Rights, Provisional Measures requested by the Inter-American Commission on Human Rights in the matter of the Dominican Republic, case of Haitian and Dominicans of Haitian origin in the Dominican Republic, order of the court of 18 August 2000, and African Commission on Human and Peoples' Rights, *Rencontre Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme v. Zambia*, Communication No. 71/92, October 1996, paragraph 23, and *Union Inter-Africaine des Droits de l'Homme et al. v. Angola*, Communication No. 159/96, 11 November 1997, paragraph 20.

2. To this effect, see also the Parliamentary Assembly of the Council of Europe Resolution 1821 (2011) on the interception and rescue at sea of asylum-seekers, refugees and irregular migrants, paragraphs 9.3-9.6.

compelling an asylum-seeker to remain in the country of origin, wherever that operation takes place. The purpose of the provision would be easily frustrated if a State could place a warship on the high seas or at the limit of national territorial waters and proceed to apply a collective and blanket refusal of any refugee claim or even omit any assessment of refugee status. The interpretation of the provision should therefore be consistent with the aim of protecting aliens from being collectively expelled.

In conclusion, the extraterritoriality of the procedural guarantee of Article 4 of Protocol No. 4 to the European Convention on Human Rights is in full accordance with the extraterritorial extension of the same guarantee in international refugee law and universal human rights law.

State liability for human rights breaches during immigration and border control

Immigration and border control is a primary State function and all forms of this control result in the exercise of the State's jurisdiction. Thus, all forms of immigration and border control of a State party to the European Convention on Human Rights are subject to the human rights standard established in it and the scrutiny of the Court¹, regardless of which personnel are used to perform the operations and the place where they take place.

Immigration and border control is usually performed by State officials placed along the border of a country, especially in places of transit of people and goods, such as ports and airports. But it can also be performed by other professionals in other places. In fact, the formal capacity of the State official performing the border control or the fact that he or she carries arms are irrelevant. All representatives, officials, delegates, public employees, police officers, law-enforcement agents, servicemen/women or temporarily contracted civil staff or any member of a private undertaking acting pursuant to statutory authority who perform the function of border control on behalf of a Contracting Party are bound by the Convention standard².

It is also immaterial whether the immigration or border control takes place on the land or maritime territory of a State, its diplomatic missions, warships, ships registered in the State or under its effective control, a navy of another State or a facility placed on the territory of another State or a territory leased from another State, as long as the border control is performed on behalf of the Contracting Party³. A State cannot evade its treaty obligations in respect

1. See the leading judgment of *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 May 1985, § 59, Series A no. 94.

2. Lauterpacht and Bethlehem, cited above, paragraph 61, and Goodwin-Gill and McAdam, cited above, p. 384.

3. Lauterpacht and Bethlehem, cited above, paragraph 67, and Goodwin-Gill, cited above, p. 5, and

of refugees by using the device of changing the place of determination of their status. *A fortiori*, “excision” of a part of the territory of a State from the migration zone in order to avoid the application of general legal guarantees to people arriving at that part of “excised” territory represents a blatant circumvention of a State’s obligations under international law¹.

Thus the full range of conceivable immigration and border policies, including denial of entry to territorial waters, denial of visa, denial of pre-clearance embarkation or provision of funds, equipment or staff to immigration-control operations performed by other States or international organisations on behalf of the Contracting Party, remain subject to the Convention standard. They all constitute forms of exercise of the State function of border control and a manifestation of State jurisdiction, wherever they take place and whoever carries them out².

State jurisdiction over immigration and border control naturally implies State liability for any human rights violations occurring during the performance of this control. The applicable rules on international liability for human rights violations are those established in the Articles on State Responsibility for internationally Wrongful Acts, annexed and endorsed by the UNGA Resolution 56/83, 2001³. The Contracting Party remains bound by the Convention standard and its responsibility is not diminished by the fact that a non-Contracting Party is also responsible for the same act. For instance, the presence of an agent from a non-Contracting Party on board a warship of a Contracting Party or a navy under the effective control of a Contracting Party does not release the latter from its Convention obligations (Article 8 of the Articles on State Responsibility). On the other

Goodwin-Gill and McAdam, cited above, p. 246.

1. See Bernard Ryan, “Extraterritorial Immigration Control: What Role for Legal Guarantees?”, in Bernard Ryan and Valsamis Mitsilegas (eds.), *Extraterritorial Immigration Control – Legal Challenges*, Leiden, 2010, pp. 28-30.

2. In paragraph 45 of *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another (Respondents) ex parte European Roma Rights Centre and others (Appellants)* [2004] UKHL 55, the House of Lords recognised that pre-clearance operations actually “purported to exercise governmental authority” over those targeted. Nonetheless, their Lordships were not ready to consider the denial of boarding a plane at a foreign airport as an act of *refoulement* in the context of the United Nations Refugee Convention.

3. Nowadays these rules constitute customary international law (ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, judgment of 26 February 2007, paragraph 420, and, among legal scholars, McCorquodale and Simons, “Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law”, *Modern Law Review*, vol. 70, 2007, p. 601, Lauterpach and Bethlehem, cited above, p. 108, and Crawford and Olleson, “The Continuing Debate on a UN Convention on State Responsibility”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005, pp. 959-71) and are applicable to human rights violations (Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, 2002), p. 25 and Gammeltoft-Hansen, “The Externalisation of European Migration Control and the Reach of International Refugee Law”, *European Journal of Migration and Law* (2010), p. 8).

hand, the presence of an agent from a Contracting Party on board a warship of a non-contracting party or a navy under the effective control of a non-Contracting Party makes the cooperating Contracting Party responsible for any breaches of the Convention standard (Article 16 of the Articles on State Responsibility).

The violation of the Convention standard by the Italian State

According to the above-mentioned principles, the Italian border control operation of “push-back” on the high seas, coupled with the absence of an individual, fair and effective procedure to screen asylum-seekers, constitutes a serious breach of the prohibition of collective expulsion of aliens and consequently of the principle of *non-refoulement*¹.

The contested “push-back” action involved the removal of the applicants on board a military vessel of the Italian navy. Traditionally, ships on the high seas are viewed as an extension of the territory of the flag state². This is an irrefutable assertion of international law, which has been enshrined in Article 92 § 1 of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS). This assertion is even more valid in the case of a warship, which is considered, to quote Malcolm Shaw, “a direct arm of the sovereign of the flag State”³. Article 4 of the Italian Navigation Code contains that very principle when it states that “Italian vessels on the high seas in places or areas which are not covered by the sovereignty of a State are deemed to be Italian territory”. In conclusion, when the applicants boarded the Italian vessels on the high seas, they entered Italian territory, figuratively speaking, *ipso facto* benefiting from all the applicable obligations incumbent on a Contracting Party to the European Convention on Human Rights and the United Nations Convention relating to the Status of Refugees.

The respondent Government argued that the push-back actions on the high seas were justified by the law of the seas. Four grounds of justification could be considered: the first one, based on Article 110 § 1 (d) of the UNCLOS, in conjunction with Article 91, which permits the boarding of vessels without a flag State, like those which commonly transport illegal migrants

1. The same conclusion was reached by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), in its Report to the Italian Government on the visit to Italy from 27 to 31 July 2009, paragraph 48.

2. See the Permanent Court of International Justice *Lotus* judgment (*France v. Turkey*), judgment of 7 September 1927, paragraph 65, where the Court clearly stated: “A corollary of the principle of the freedom of the seas is that a ship on the high seas is assimilated to the territory of the State the flag of which it flies, for, just as in its own territory, that State exercises its authority upon it, and no other State may do so. ... It follows that what occurs on board a vessel on the high seas must be regarded as if it occurred on the territory of the State whose flag the ship flies.”

3. Malcolm N. Shaw, *International Law*, 5th edn, Cambridge, p. 495.

across the Mediterranean Sea; the second one based on Article 110 § 1 (b) of the UNCLOS, which allows ships to board vessels on the high seas if there is a reasonable ground for suspecting that the ship is engaged in the slave trade, this ground being extendable to victims of trafficking, in view of the analogy between these forms of trade¹; the third one, based on Article 8 §§ 2 and 7 of the Protocol against Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organised Crime, which allows States to intercept and take appropriate measures against vessels reasonably suspected of migrant smuggling; and the fourth one founded on the duty to render assistance to persons in danger or in distress on the high seas foreseen in Article 98 of the UNCLOS. In all these circumstances States are simultaneously subject to the prohibition of *refoulement*. None of these provisions can reasonably be invoked in order to justify an exception to the *non-refoulement* obligation and, consequently, to the prohibition of collective expulsion. Only a misconstruction of these norms, which aim to secure the protection of especially vulnerable persons (victims of trafficking, illegal migrants, persons in danger or in distress on the high seas) could justify the exposure of these persons to an additional risk of ill-treatment by delivering them to those countries from which they have fled. As the French representative, Mr Juvigny, said at the *Ad Hoc* Committee while discussing the draft of the United Nations Convention relating to the Status of Refugees, “there was no worse catastrophe for an individual who had succeeded after many vicissitudes in leaving a country where he was being persecuted than to be returned to that country, quite apart from the reprisals awaiting him there”².

If there were ever a case where concrete measures for execution should be set by the Court, this is one. The Court considers that the Italian Government must take steps to obtain assurances from the Libyan government that the applicants will not be subjected to treatment incompatible with the Convention, including indirect *refoulement*. This is not enough. The Italian Government also have a positive obligation to provide the applicants with practical and effective access to an asylum procedure in Italy.

The words of Justice Blackmun are so inspiring that they should not be forgotten. Refugees attempting to escape Africa do not claim a right of admission to Europe. They demand only that Europe, the cradle of human rights idealism and the birthplace of the rule of law, cease closing its doors

1. Report of the Working Group on Contemporary Forms of Slavery on its twenty-third session, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/14, 6 July 1998, rec. 97, and Report of the Working Group on Contemporary Forms of Slavery on its twenty-ninth session, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2004/36, 20 July 2004, rec. 19-31.

2. UN Doc. E/AC.32/SR.40.

to people in despair who have fled from arbitrariness and brutality. That is a very modest plea, vindicated by the European Convention on Human Rights. “We should not close our ears to it.”

ANNEX

LIST OF APPLICANTS

	Name of applicant	Place and date of birth	Applicant's current situation
1.	Hirsi Sadik JAMAA	Somalia, 30 May 1984	Refugee status granted on 25 June 2009 (N. 507-09C00279)
2.	Mohamed SHEIKH ALI	Somalia, 22 January 1979	Refugee status granted on 13 August 2009 (N. 229-09C0002)
3.	Moh'b Ali HASSAN	Somalia, 10 September 1982	Refugee status granted on 25 June 2009 (N. 229-09C00008)
4.	Omar Ahmed SHEIKH	Somalia, 1 January 1993	Refugee status granted on 13 August 2009 (N. 229-09C00010)
5.	Elyas Awes ALI	Somalia, 6 June 1983	Refugee status granted on 13 August 2009 (N. 229-09C00001)
6.	Mohammed Abdi KADIYE	Somalia, 28 March 1988	Refugee status granted on 25 June 2009 (N. 229-09C00011)
7.	Qadar Abfillzhi HASAN	Somalia, 8 July 1978	Refugee status granted on 26 July 2009 (N. 229-09C00003)
8.	Abduqadir Ismail SIYAD	Somalia, 20 July 1976	Refugee status granted on 13 August 2009 (N. 229-09C00006)
9.	Abdigani Abdillahi ALI	Somalia, 1 January 1986	Refugee status granted on 25 June 2009 (N. 229-09C00007)
10.	Mohamed Abukar MOHAMED	Somalia, 27 February 1984	Died on unknown date
11.	Hasan Shariff ABBIRAHMAN	Somalia, date unknown	Died in November 2009

	Name of applicant	Place and date of birth	Applicant's current situation
12.	Samsom Mlash TESRAY	Eritrea, date unknown	Whereabouts unknown
13.	Waldu HABTEMCHAEEL	Eritrea, 1 January 1971	Refugee status granted on 25 June 2009 (N. 229-08C00311); resident in Switzerland
14.	Biniam ZEWEIDI	Eritrea, 24 April 1973	Resident in Libya
15.	Aman Tsyehansi GEBRAY	Eritrea, 25 June 1978	Resident in Libya
16.	Mifta NASRB	Eritrea, 3 July 1989	Resident in Libya
17.	Said SALIH	Eritrea, 1 January 1977	Resident in Libya
18.	Estifanos ADMASU	Eritrea, date unknown	Whereabouts unknown
19.	Habtom TSEGAY	Eritrea, date unknown	Held at Chucha detention camp, Tunisia
20.	Ermias BERHANE	Eritrea, 1 August 1984	Refugee status granted on 25 May 2011; resident in Italy
21.	Roberl Abzighi YOHANNES	Eritrea, 24 February 1985	Refugee status granted on 8 October 2009 (N. 507-09C001346); resident in Benin
22.	Telahun Meherte KERI	Eritrea, date unknown	Whereabouts unknown
23.	Hayelom Mogos KIDANE	Eritrea, 24 February 1974	Refugee status granted on 25 June 2009 (N. 229-09C00015); resident in Switzerland
24.	Kiflom Tesfazion KIDAN	Eritrea, 29 June 1978	Refugee status granted on 25 June 2009 (N. 229-09C00012); resident in Malta

GAGLIANO GIORGIO c. ITALIE
(Requête n° 23563/07)

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 6 MARS 2012¹

1. Texte français original. Extraits.

SOMMAIRE¹**Réduction de la peine d'emprisonnement dans une affaire relative à la durée d'une procédure pénale****Article 35 § 3 b)**

Absence de préjudice important – Réduction de la peine d'emprisonnement dans une affaire relative à la durée d'une procédure pénale – Existence d'une jurisprudence abondante de la Cour européenne des droits de l'homme sur la question de la durée d'une procédure pénale – Cause dûment entendue par un tribunal national

*

* *

En 1988, des poursuites pénales furent engagées contre le requérant. La procédure pénale s'acheva en 1999. Le requérant fut condamné pour faux à une peine d'un an d'emprisonnement avec sursis et se vit infliger une peine accessoire d'interdiction de l'exercice de fonctions publiques pendant un an. Le délit de corruption fut déclaré prescrit. La procédure « Pinto » que le requérant entama en 2001 pour se plaindre de la durée de la procédure pénale s'acheva en 2006. Aucune indemnité ne lui fut accordée.

Article 35 § 3 b) : en 1998, en raison de la durée de la procédure pénale, la cour d'appel a déclaré le délit de corruption éteint par prescription, ce qui a de toute évidence entraîné une réduction de la peine infligée au requérant, d'autant plus que des deux infractions reprochées à l'intéressé, le délit prescrit était assorti de la peine la plus lourde. Toutefois, les éléments du dossier ne permettent pas d'apprécier l'importance exacte de cette réduction ni d'établir s'il existait un lien entre la violation de l'exigence du délai raisonnable et la réduction de la peine. Le requérant a décidé de ne pas renoncer à la prescription, possibilité qui lui était offerte en droit italien. Dans ces circonstances, la réduction de la peine en question a tout le moins compensé ou particulièrement diminué le préjudice découlant normalement de la durée excessive d'une procédure pénale. Dès lors, la Cour considère que le requérant n'a pas subi un « préjudice important » en ce qui concerne son droit à un procès dans un délai raisonnable. Ce grief pose la question du droit du requérant de voir sa cause entendue dans un délai raisonnable en matière pénale, qui fait l'objet d'une abondante jurisprudence de la Cour. Aucun impératif tiré de l'ordre public européen, dont la Convention et ses Protocoles font partie, ne justifie donc

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

de poursuivre l'examen du grief. La question relative à la durée de la procédure pénale a été examinée à deux reprises par le juge d'appel et par le juge de cassation compétents en vertu de la loi « Pinto », le requérant ayant soumis à ce dernier les moyens tirés du refus de la cour d'appel de l'indemniser. Dans ces conditions, la Cour estime que l'affaire a été dûment examinée par un tribunal interne, aucune question sérieuse d'interprétation ou d'application de la Convention ou du droit national n'ayant été laissée sans réponse. Le nouveau critère de recevabilité (préjudice important) n'est donc pas satisfait : irrecevabilité.

Jurisprudence citée par la Cour

Soering c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, série A n° 161

Labita c. Italie [GC], n° 26772/95, CEDH 2000-IV

Van Houten c. Pays-Bas (radiation), n° 25149/03, CEDH 2005-IX

Cocchiarella c. Italie [GC], n° 64886/01, CEDH 2006-V

Simaldone c. Italie, n° 22644/03, 31 mars 2009

Kavak c. Turquie (déc.), n° 34719/04 et 37472/05, 19 mai 2009

Korolev c. Russie (déc.), n° 25551/05, 1^{er} juillet 2010

Stefanescu c. Roumanie (déc.), n° 11774/04, 12 avril 2011

Giusti c. Italie, n° 13175/03, 18 octobre 2011

En l'affaire Gagliano Giorgi c. Italie,

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

Françoise Tulkens, *présidente*,

Danutė Jočienė,

Dragoljub Popović,

İşıl Karakaş,

Guido Raimondi,

Paulo Pinto de Albuquerque,

Helen Keller, *juges*,

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

(...)

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 14 février 2012,

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

EN FAIT

1. Le requérant, M. Mario Gagliano Giorgi, est un ressortissant italien, né en 1949 et résidant à Milan. Il a saisi la Cour le 31 mai 2007. Il est représenté devant la Cour par M^eB. Nascimbene et M^eM.S. Mori, avocats à Milan. Le gouvernement italien (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M^{me}E. Spatafora, et par son coagent, M. N. Lettieri.

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

2. Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les parties, peuvent se résumer comme suit.

A. La procédure principale

3. Le requérant était inspecteur auprès du Bureau des étrangers de la préfecture de police (*Questura*) de Milan.

4. Par un décret du 5 septembre 1988, notifié le jour suivant, le parquet du tribunal de Milan informa le requérant qu'il avait entamé des poursuites à son encontre pour concussion (articles 317 et 81 du code pénal) et ordonna la perquisition du domicile, de la voiture et du bureau du requérant, laquelle eut lieu le 6 septembre 1988.

5. Le 9 septembre 1988, l'ordinateur du requérant fut saisi.

6. Le 20 mars 1989, le juge d'instruction (« le juge ») du tribunal de Milan ordonna de nouvelles perquisitions, qui eurent lieu le jour suivant. Le 20 mars 1989 également, le juge émit un mandat d'arrêt à l'encontre du requérant des chefs de concussion (articles 317 et 81 du code pénal) et faux

(article 479 du même code). Le requérant était accusé d'avoir contraint ou poussé plusieurs ressortissants étrangers ayant besoin de titres de séjour à lui verser des sommes d'argent afin d'obtenir les titres du Bureau des étrangers. Il était aussi accusé d'avoir altéré le procès-verbal de certaines déclarations faites par un ressortissant étranger ayant dénoncé cette pratique. Le juge ordonna aussi l'arrestation de six autres personnes impliquées dans les mêmes faits.

7. Le 21 mars 1989, le préfet de police (*Questore*) de Milan suspendit le requérant de ses fonctions.

(...)

11. Par une ordonnance déposée le 21 juin 1989, le juge, à la suite d'une troisième demande du requérant, ordonna sa remise en liberté, au motif que, le parquet ayant recueilli suffisamment de preuves, le risque de dissimulation ne subsistait plus.

12. Par une ordonnance déposée le 25 janvier 1990, le juge ordonna le renvoi devant le tribunal de Milan du requérant pour concussion et faux (RG n° 185/90). Sept autres personnes furent renvoyées en justice.

13. Six audiences se sont tenues entre les 8 et 23 mai 1990, lors desquelles ont eu lieu l'instruction des faits et des plaidoiries. Par un jugement du 25 mai 1990 déposé au greffe le 22 juin 1990, le tribunal condamna le requérant pour concussion et faux à quatre ans et six mois de réclusion et à l'interdiction perpétuelle de l'exercice de fonctions publiques.

14. Le 26 mai 1990, le requérant attaqua ce jugement devant la cour d'appel de Milan (RG n° 4630/90), demandant le renouvellement de l'instruction et des plaidoiries, son acquittement ou la requalification des faits contestés en corruption.

15. Le 5 juillet 1990, devant le juge d'instance de Monza, le requérant fit élection de domicile, aux fins de la procédure devant la cour d'appel de Milan, dans la commune de San Zenone al Lambro (Milan), auprès de M^{me} V.S.

(...)

18. Par un arrêt du 29 novembre 1993, déposé au greffe le 22 décembre 1993, la cour d'appel ne confirma la responsabilité du requérant que pour certains des épisodes de concussion qui lui étaient reprochés et de ce chef ramena à trois ans et huit mois la peine globale retenue à son encontre pour ce délit et celui de faux.

19. Le 24 décembre 1993, le requérant se pourvut en cassation et demanda à titre principal l'annulation de l'arrêt de la cour d'appel en raison de ce que l'assignation à comparaître à l'audience du 18 mai 1993 avait été notifiée au domicile de son avocat et non pas au domicile qu'il avait élu le

5 juillet 1990. A titre subsidiaire, il sollicita à nouveau la requalification en corruption des faits contestés.

20. Par un arrêt du 29 septembre 1994, déposé au greffe le 1^{er} décembre 1994, la Cour de cassation annula l'arrêt de la cour d'appel et renvoya l'affaire à une autre section de celle-ci, en raison, entre autres, de la nullité de l'assignation à comparaître.

21. Entre-temps, le 10 mars 1994, le *Questore* de Milan révoqua la suspension du requérant de ses fonctions. Ce dernier fut muté à la *Questura* de Turin.

22. L'audience de plaidoiries de l'affaire devant la cour d'appel de Milan (RG n° 2637/94) fut fixée au 29 janvier 1996. A une date non précisée, la cour d'appel déclara la contumace du requérant.

23. Par un arrêt du 1^{er} mars 1996, déposé au greffe le 30 avril 1996, la cour d'appel, après avoir requalifié les faits en « corruption », déclara l'extinction de ce délit pour prescription. Elle condamna le requérant avec sursis pour faux à une peine de réclusion d'un an et à la peine accessoire de l'interdiction de l'exercice de fonctions publiques pour un an.

24. A une date non précisée, antérieure à juillet 1996, le requérant se pourvut à nouveau en cassation. Il fit valoir que le greffe de la cour d'appel, en notifiant l'assignation à comparaître à son domicile élu, à savoir l'habitation de M^{me} V.S., avait erronément adressé le recommandé à l'attention de celle-ci et non à l'attention du requérant.

25. Par un arrêt du 7 octobre 1997, déposé au greffe le 18 octobre 1997, la Cour de cassation fit droit à la demande du requérant et renvoya le dossier à une autre section de la cour d'appel.

26. A une date non précisée, le greffe de la cour d'appel notifia l'assignation à comparaître à l'audience du 26 mars 1998 (RG n° 4288/97) à l'un des avocats du requérant.

27. A cette date, la cour d'appel déclara la nullité de l'assignation et ordonna la notification de l'assignation pour l'audience du 11 juin 1998 par la police judiciaire auprès de M^{me} V.S. et auprès de la *Questura* de Turin, où le requérant avait entre-temps pris service.

28. A la suite de l'audience du 11 juin 1998, par un arrêt du même jour, déposé au greffe le 24 juin 1998, la cour d'appel déclara que le chef d'accusation de corruption était prescrit et condamna le requérant à un an de réclusion pour faux et à la peine accessoire de l'interdiction de l'exercice de fonctions publiques pour un an. Elle confirma le bénéfice du sursis de l'exécution de la peine.

29. Le 2 octobre 1998, le requérant se pourvut en cassation. Il alléguait que la notification de l'assignation à comparaître à l'audience du 11 juin 1998 effectuée auprès de M^{me} V.S. n'indiquait pas correctement l'autorité

judiciaire compétente et que celle effectuée à la *Questura* de Turin n'était pas régulière puisque remise à son supérieur hiérarchique.

30. Par un arrêt du 14 avril 1999, déposé au greffe le 29 avril 1999, la Cour de cassation débouta le requérant au motif que, d'après la jurisprudence de la même cour, la remise à un supérieur hiérarchique entraîne une présomption de connaissance de la part du destinataire de la notification, laquelle est de ce fait régulière.

B. La première requête introduite devant la Cour

31. Le 12 octobre 1999, le requérant saisit la Cour d'une requête (n° 52228/99) concernant l'équité de la procédure pénale diligentée à son encontre.

32. Le 8 novembre 2002, la Cour, statuant au sens de l'article 28 de la Convention européenne des droits de l'homme (« la Convention »), déclara la requête manifestement mal fondée.

C. La procédure « Pinto »

33. Le 16 octobre 2001, le requérant saisit la cour d'appel de Brescia au sens de la loi « Pinto », demandant 60 millions de lires italiennes (30 987 euros (EUR)) pour le préjudice moral et matériel qu'il prétendait avoir subi à cause de la durée de la procédure principale.

34. Par une décision déposée le 21 février 2002, la cour d'appel conclut à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention uniquement pour la phase allant du dépôt du jugement du tribunal de Milan (22 juin 1990) au prononcé du premier arrêt en appel (29 novembre 1993), en estimant que les autres phases de la procédure n'avaient subi aucune stagnation, compte tenu du nombre de juges qui avaient eu à statuer sur l'affaire. Elle n'accorda aucune indemnisation, au motif que le requérant n'avait pas démontré avoir subi de dommage matériel ou moral et que, de toute manière, ayant été condamné à l'issue de la procédure principale, il n'avait pu subir aucun dommage moral lié à la durée de celle-ci.

35. Le 24 avril 2002, le requérant se pourvut en cassation. Par un arrêt déposé le 24 octobre 2003, la Cour de cassation cassa la décision litigieuse, estimant que l'issue défavorable d'un procès n'exclut pas en soi l'existence d'un dommage moral découlant de sa durée et que, par ailleurs, les préjudices subis du fait de la durée d'une procédure doivent être démontrés par l'intéressé. Elle renvoya l'affaire devant la cour d'appel de Brescia.

36. Le 20 avril 2004, le requérant saisit cette dernière, faisant valoir, entre autres, qu'après le dépôt de l'arrêt du 24 octobre 2003, la Cour de

cassation plénière avait rendu quatre arrêts excluant la nécessité de démontrer le dommage moral (arrêts n°s 1338, 1339, 1340 et 1341 de 2004).

37. Par une décision du 7 juillet 2004, déposée le 21 juillet 2004, la cour d'appel rejeta le recours, au motif que les principes découlant des arrêts de la Cour de cassation plénière n'étaient pas directement applicables dans la procédure de renvoi et que le requérant n'avait pas démontré le dommage moral, comme il était tenu de faire. La cour d'appel releva par ailleurs que le requérant avait intérêt au prolongement de la procédure pénale afin d'obtenir la prescription des délits dont il était accusé.

38. Le 15 novembre 2004, le requérant se pourvut en cassation. Par un arrêt déposé le 6 décembre 2006, la Cour de cassation débouta le requérant et le condamna au paiement de 3 000 EUR pour frais et dépens de la procédure.

(...)

EN DROIT

I. GRIEFS TIRÉS DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION

(...)

A. Sur la durée de la procédure principale et le manque de redressement dans le cadre de la procédure « Pinto »

50. La Cour relève que le requérant allègue la violation de l'article 6 de la Convention du fait qu'il n'a obtenu aucune indemnisation pour une procédure ayant duré dix ans et sept mois pour trois degrés de juridiction.

Absence de préjudice important

51. Dans ses observations du 20 mai 2010, le Gouvernement invoque l'absence de tout préjudice important pour le requérant. Il se réfère au texte de l'article 35 § 3 b) de la Convention, tel que modifié par le Protocole n° 14, selon lequel la Cour peut déclarer une requête irrecevable lorsque « le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles exige un examen de la requête au fond et à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne ».

52. Le Gouvernement affirme notamment que le prolongement de la procédure litigieuse a permis au requérant de bénéficier d'une réduction de la peine en raison de l'extinction du délit de corruption pour prescription. Le Gouvernement soutient, en outre, que le requérant aurait fait preuve

d'un comportement obstructionniste lors du procès afin de faire courir les délais de prescription.

53. La partie requérante rejette les arguments du Gouvernement quant à sa conduite lors du procès et nie tout présumé bénéfice qui découlerait de la déclaration de prescription en question. Elle fait valoir en particulier que, l'arrêt d'appel du 1^{er} mars 1996 ayant déjà accordé au requérant le bénéfice du sursis, ladite déclaration n'aurait entraîné aucune modification substantielle de la peine infligée à ce dernier.

54. La Cour rappelle que le nouveau critère du manque de préjudice important a été conçu pour lui permettre de traiter rapidement les requêtes à caractère futile afin de se concentrer sur sa mission essentielle, qui est d'assurer au niveau européen la protection juridique des droits garantis par la Convention et ses Protocoles (*Stefanescu c. Roumanie* (déc.), n° 11774/04, § 35, 12 avril 2011).

55. Issue du principe *de minimis non curat praetor*, la nouvelle condition de recevabilité renvoie à l'idée que la violation d'un droit, quelle que soit sa réalité d'un point de vue strictement juridique, doit atteindre un seuil minimum de gravité pour justifier un examen par une juridiction internationale (*Korolev c. Russie* (déc), n° 25551/05, 1^{er} juillet 2010). L'appréciation de ce seuil est, par nature, relative et dépend des circonstances de l'espèce (*Korolev*, décision précitée, et, *mutatis mutandis*, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 100, série A n° 161). Cette appréciation doit tenir compte tant de la perception subjective du requérant que de l'enjeu objectif du litige.

56. Au vu des critères se dégageant de sa jurisprudence en la matière, la Cour estime qu'afin de vérifier si la violation d'un droit atteint le seuil minimum de gravité, il y a lieu de prendre en compte notamment les éléments suivants : la nature du droit présumément violé, la gravité de l'incidence de la violation alléguée dans l'exercice d'un droit et/ou les conséquences éventuelles de la violation sur la situation personnelle du requérant (*Giusti c. Italie*, n° 13175/03, § 34, 18 octobre 2011).

57. En l'espèce, la Cour constate que, en raison de la durée de la procédure litigieuse, le 11 juin 1998, la cour d'appel a déclaré l'extinction du chef d'accusation de corruption pour prescription. Cela a de toute évidence entraîné une diminution de la peine retenue à l'encontre du requérant, d'autant plus que le délit prescrit était assorti de la peine la plus lourde des deux reprochés à l'intéressé, quoique les éléments du dossier ne permettent pas d'apprécier l'importance exacte de cette réduction ni d'éclaircir ultérieurement le lien existant entre la violation du délai raisonnable et celle-ci. La Cour observe également que le requérant a décidé de ne pas renoncer à la prescription, possibilité qui lui était offerte en droit italien (Le droit et

la pratique internes pertinents – paragraphe 42 ci-dessus [voir la version intégrale de l'arrêt, disponible sur Hudoc]). Dans ces circonstances, la Cour est d'avis que la réduction de la peine en question a tout au moins compensé ou particulièrement réduit les préjudices découlant normalement de la durée excessive de la procédure. Au demeurant, la Cour voit mal la pertinence des observations de la partie requérante ayant trait au fait que l'arrêt du 1^{er} mars 1996 avait octroyé au prévenu le bénéfice du sursis de l'exécution de la peine (paragraphe 23 ci-dessus). Elle note à cet égard que par ce même arrêt la cour d'appel de Milan avait en fait déjà déclaré l'extinction du délit de corruption pour prescription.

58. Dès lors, la Cour considère que le requérant n'a pas subi un « préjudice important » au regard de son droit à un procès dans un délai raisonnable.

59. Quant à la question de savoir si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles exige d'examiner la requête au fond, la Cour rappelle que cette notion renvoie aux conditions déjà définies pour l'application des articles 37 § 1 et 38 § 1 (dans sa rédaction antérieure au Protocole n° 14) de la Convention. Les organes de la Convention ont interprété de manière constante ces dispositions comme exigeant la poursuite de l'examen d'une affaire, en dépit de la conclusion d'un règlement amiable ou l'existence d'une cause de radiation du rôle. Il a en revanche déjà été jugé que cet examen ne s'impose pas lorsqu'il existe une jurisprudence claire et très abondante sur la question relative à la Convention qui se pose dans l'affaire soumise à la Cour (voir, entre autres, *Van Houten c. Pays-Bas* (radiation), n° 25149/03, CEDH 2005-IX, et *Kavak c. Turquie* (déc.), n°s 34719/04 et 37472/05, 19 mai 2009).

60. En l'espèce, la Cour estime qu'aucun impératif tiré de l'ordre public européen auquel participent la Convention et ses Protocoles ne justifie de poursuivre l'examen du grief.

61. En effet, ledit grief pose la question du droit au délai raisonnable en matière pénale et notamment celle de la durée de la procédure principale dans le cadre du remède introduit par la loi « Pinto », qui ont fait l'objet d'une jurisprudence abondante de la Cour (voir, entre autres, *Cocchiarella c. Italie* [GC], n° 64886/01, CEDH 2006-V, *Simaldone c. Italie*, n° 22644/03, 31 mars 2009, et *Labita c. Italie* [GC], n° 26772/95, CEDH 2000-IV).

62. Dans ces conditions, la Cour estime que le respect des droits de l'homme n'exige pas la poursuite de l'examen de ce grief.

63. Enfin, s'agissant de la troisième condition posée par le nouveau critère de recevabilité, qui exige que l'affaire ait été « dûment examinée » par un tribunal interne, la Cour rappelle qu'elle vise à garantir que toute affaire fera l'objet d'un examen juridictionnel soit sur le plan national, soit sur le

plan européen. Cette clause reflète également le principe de subsidiarité, tel qu'il ressort notamment de l'article 13 de la Convention, qui exige que des recours effectifs contre les violations soient disponibles au niveau national (*Korolev*, décision précitée). Combinée à la clause de sauvegarde précédente, elle garantit l'examen par la Cour des questions sérieuses d'application ou d'interprétation de la Convention et de ses Protocoles, ou des questions importantes relatives au droit national (Rapport explicatif au Protocole n° 14, § 83).

64. En l'espèce, la Cour constate que la question portant sur la durée de la procédure pénale a été examinée à deux reprises par le juge d'appel et par le juge de cassation compétents aux termes de la loi « Pinto », le requérant ayant soumis à ce dernier les moyens tirés du refus de la cour d'appel de lui accorder une indemnisation pécuniaire.

65. Dans ces conditions, la Cour estime que l'affaire a été dûment examinée par un tribunal interne, aucune question sérieuse relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention ou au droit national n'ayant été laissée sans réponse.

66. Eu égard à ce qui précède et aux conditions énoncées à l'article 35 § 3 b) de la Convention, la Cour estime que ce grief doit être déclaré irrecevable en vertu de l'article 35 §§ 3 b) et 4 de la Convention.

(...)

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

1. Déclare la requête recevable quant au grief tiré de la durée excessive de la procédure « Pinto » et irrecevable pour le surplus ;

(...)

Fait en français, puis communiqué par écrit le 6 mars 2012, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Françoise Elens-Passos
Greffière adjointe

Françoise Tulkens
Présidente

GAGLIANO GIORGI v. ITALY
(Application no. 23563/07)

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 6 MARCH 2012¹

1. Translation; original French. Extracts.

SUMMARY¹**Reduction of prison sentence in length-of-criminal-proceedings case****Article 35 § 3 (b)**

No significant disadvantage – Reduction of prison sentence in length-of-criminal-proceedings case – Abundant case-law of European Court on the length of criminal proceedings – Case duly examined by national court

*

* * *

In 1988 criminal proceedings were brought against the applicant. They ended in 1999. The applicant was given a one-year suspended prison sentence for forgery and debarred from public office for one year as an ancillary penalty. A bribery charge against him was declared time-barred. The “Pinto” proceedings the applicant initiated in 2001 to complain about the length of the criminal proceedings ended in 2006. The applicant was not awarded compensation.

Held

Article 35 § 3 (b): In 1998, because of the length of the criminal proceedings, the court of appeal declared the charge of bribery time-barred, which evidently led to a reduction in the applicant’s sentence because, of the two offences with which he was charged, that was the one that carried the harshest penalty. However, the material before the Court did not indicate the exact extent of that reduction or clarify whether there was ultimately any connection between the reduction and the violation of the “reasonable time” requirement. The applicant decided not to waive the time bar, which he was entitled to do under Italian law. In those circumstances, the reduction of his sentence at least compensated for or significantly reduced the damage normally entailed by the excessive length of criminal proceedings. Accordingly the applicant had not suffered a “significant disadvantage” in respect of his right to a trial within a reasonable time. This complaint raised the question of the reasonable length of criminal proceedings, on which the Court had copious case-law. Further examination of the complaint was thus not justified by any imperatives of European public order, of which the Convention and Protocols were instruments. The question of the length of the criminal proceedings had been examined twice by the competent courts – the court of appeal and the Court of Cassation – for the purposes of the “Pinto” legislation, after the applicant had

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

submitted to the latter court his grounds of appeal against the decision by the former not to award him compensation. In those circumstances, the case had been duly considered by a domestic tribunal and no important questions affecting the application or interpretation of the Convention or concerning national law had been left unanswered. The new admissibility criterion (significant disadvantage) had therefore not been met: inadmissible.

Case-law cited by the Court

Soering v. the United Kingdom, 7 July 1989, Series A no. 161

Labita v. Italy [GC], no. 26772/95, ECHR 2000-IV

Van Houten v. the Netherlands (striking out), no. 25149/03, ECHR 2005-IX

Cocchiarella v. Italy [GC], no. 64886/01, ECHR 2006-V

Simaldone v. Italy, no. 22644/03, 31 March 2009

Kavak v. Turkey (dec.), nos. 34719/04 and 37472/05, 19 May 2009

Korolev v. Russia (dec.), no. 25551/05, 1 July 2010

Stefanescu v. Romania (dec.), no. 11774/04, 12 April 2011

Giusti v. Italy, no. 13175/03, 18 October 2011

In the case of Gagliano Giorgi v. Italy,
The European Court of Human Rights (Second Section), sitting as a
Chamber composed of:

Françoise Tulkens, President,
Danutė Jočienė,
Dragoljub Popović,
İşıl KarakAŞ,
Guido Raimondi,
Paulo Pinto de Albuquerque,
Helen Keller, judges,
and Françoise Elens-Passos, Deputy Section Registrar,

...

Having deliberated in private on 14 February 2012,
Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

THE FACTS

1. The applicant, Mr Mario Gagliano Giorgi, is an Italian national who was born in 1949 and lives in Milan. The application was lodged with the Court on 31 May 2007. The applicant was represented before the Court by Mr B. Nascimbene and Ms M.S. Mori, lawyers practising in Milan. The Italian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms E. Spatafora, and their co-Agent, Mr N. Lettieri.

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

2. The facts of the case, as set out by the parties, may be summarised as follows.

A. The main proceedings

3. The applicant was an inspector with the Immigration Bureau of the Milan Police Authority (*Questura*).

4. By a decree of 5 September 1988, served the following day, the Milan District Court public prosecutor’s office informed the applicant that proceedings had been instituted against him for extortion (Articles 317 and 81 of the Criminal Code) and ordered searches of the applicant’s house, car and office, which were carried out on 6 September 1988.

5. On 9 September 1988 the applicant’s computer was seized.

6. On 20 March 1989 the investigating judge at the Milan District Court ordered new searches, which were carried out the following day. Also on 20 March 1989, the judge issued a warrant for the applicant’s arrest on

charges of extortion (Articles 317 and 81 of the Criminal Code) and forgery (Article 479 of the same Code). The applicant was accused of having forced or pressured aliens in need of residence papers to pay him sums of money in order to obtain their papers from the Immigration Bureau, and of having altered the record of statements by a foreign national who had denounced this practice. The judge also ordered the arrest of six other people implicated in the same dealings.

7. On 21 March 1989 the Prefect (*Questore*) of Milan suspended the applicant from duty.

...

11. On 21 June 1989, in response to the applicant's third request, the judge ordered his release on the ground that the prosecutor's office had collected enough evidence so that there was no longer any risk of his concealing evidence.

12. On 25 January 1990 the judge ordered that the applicant be committed for trial before the Milan District Court (RG no. 185/90). Seven other people were also committed for trial.

13. Six hearings were held between 8 and 23 May 1990, at which the facts were examined and statements heard. In a judgment of 25 May 1990, deposited with the registry on 22 June 1990, the court found the applicant guilty of extortion and forgery, sentenced him to four years and six months' imprisonment and banned him from public office for life.

14. On 26 May 1990 the applicant challenged that judgment before the Milan Court of Appeal (RG no. 4630/90), calling for a new investigation and hearings, his acquittal or the reclassification of the offence as bribery.

15. On 5 July 1990, before the Monza District Court, the applicant elected the municipality of San Zenone al Lambro (Milan), care of Ms V.S., as his address for service in the proceedings before the Milan Court of Appeal.

...

18. In a judgment of 29 November 1993, deposited with the registry on 22 December 1993, the Court of Appeal upheld the applicant's conviction on some of the extortion charges against him and reduced his total sentence to three years and eight months for extortion and forgery.

19. On 24 December 1993 the applicant appealed on points of law, requesting as his primary submission that the judgment of the Court of Appeal be set aside because the summons to a hearing on 18 May 1993 had been served on him at his lawyer's address and not the address he had elected on 5 July 1990. In the alternative, he again requested the reclassification of the offences as bribery.

20. In a judgment of 29 September 1994, deposited with the registry on 1 December 1994, the Court of Cassation set aside the Court of Appeal's judgment and referred the case back to another section of that court, *inter alia*, because the summons had been served at the wrong address.

21. In the meantime, on 10 March 1994 the *Questore* of Milan reversed the decision to suspend the applicant from duty. The applicant was transferred to the *Questura* in Turin.

22. The hearing of the parties' submissions before the Milan Court of Appeal (RG no. 2637/94) was scheduled for 29 January 1996. On an unspecified date the Court of Appeal decided to try the applicant *in absentia*.

23. In a judgment of 1 March 1996, deposited with the registry on 30 April 1996, the Court of Appeal, after it had reclassified the charges as bribery, declared the prosecution time-barred. It sentenced the applicant to one year's imprisonment for forgery, suspended the sentence and debarred him from public office for one year as an ancillary penalty.

24. On an unspecified date before July 1996, the applicant lodged a new appeal on points of law. He pointed out that in serving the summons at his elected address, care of Ms V.S., the registry of the court had wrongly addressed the registered letter to Ms V.S. and not to the applicant.

25. In a judgment of 7 October 1997, deposited with the registry on 18 October 1997, the Court of Cassation allowed the applicant's appeal and sent the case back to another section of the Court of Appeal.

26. On an unspecified date the registry of the Court of Appeal served a summons to attend a hearing on 26 March 1998 (RG no. 4288/97) on one of the applicant's lawyers.

27. On that same date the Court of Appeal declared the summons null and void and ordered the police to serve a summons to a hearing on 11 June 1998 at the address of Ms V.S. and at the *Questura* in Turin, where the applicant had started to work in the meantime.

28. Following the hearing on 11 June 1998, in a judgment delivered that same day and deposited with the registry on 24 June 1998, the Court of Appeal declared the bribery charge time-barred and upheld the applicant's one-year suspended prison sentence for forgery and, as an ancillary penalty, debarred him from public office for one year.

29. On 2 October 1998 the applicant again appealed on points of law. He alleged that the summons to the hearing of 11 June 1998, served care of Ms V.S., had not correctly indicated the competent judicial authority, and that the summons served at the *Questura* where he worked was not valid because it had been given to his hierarchical superior.

30. In a judgment of 14 April 1999, deposited with the registry on 29 April 1999, the Court of Cassation dismissed the applicant's appeal

on the ground that, according to that court's case-law, when a summons was served on the addressee's hierarchical superior, it was assumed that the addressee had been notified and that the summons was therefore valid.

B. The first application to the Court

31. On 12 October 1999 the applicant lodged application no. 52228/99 with the Court, concerning the fairness of the criminal proceedings against him.

32. On 8 November 2002 the Court declared the application manifestly ill-founded, in conformity with Article 28 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention").

C. The "Pinto" proceedings

33. On 16 October 2001 the applicant applied to the Brescia Court of Appeal under the "Pinto Act", claiming 60,000,000 Italian lira (30,987 euros (EUR)) for the pecuniary and non-pecuniary damage allegedly sustained because of the length of the principal proceedings.

34. In a decision deposited on 21 February 2002, the Court of Appeal found that there had been a breach of Article 6 § 1 of the Convention only in respect of the period from the judgment of the Milan District Court (22 June 1990) to the delivery of the first judgment on appeal (29 November 1993). It considered, in view of the number of courts that had examined the case, that there had been no undue delays in the other phases of the proceedings. It awarded no compensation, considering that the applicant had not demonstrated that he had suffered any pecuniary or non-pecuniary damage and that, in any event, having been convicted at the end of the main proceedings, he could not have sustained any non-pecuniary damage related to their duration.

35. On 24 April 2002 the applicant appealed on points of law. In a judgment deposited on 24 October 2003, the Court of Cassation quashed the impugned decision, holding that the unfavourable outcome of the proceedings did not, in itself, preclude the existence of non-pecuniary damage related to their duration, and also that an allegation of damage caused as a result of the excessive length of proceedings had to be substantiated. The case was remitted to the Brescia Court of Appeal.

36. On 20 April 2004 the applicant applied to that court, arguing, *inter alia*, that subsequent to the judgment of 24 October 2003 the Plenary Court of Cassation had delivered four judgments (nos. 1338, 1339, 1340

and 1341 of 2004) ruling that it was not necessary to demonstrate the existence of non-pecuniary damage.

37. In a decision of 7 July 2004, deposited on 21 July 2004, the Court of Appeal rejected the appeal, on the grounds that the principles arising from the judgments of the Plenary Court of Cassation were not directly applicable in retrial proceedings and that the applicant had not substantiated his claim of non-pecuniary damage as he should have done. It also found that it had been in his interest to prolong the criminal proceedings so that the offences with which he was charged would become time-barred.

38. On 15 November 2004 the applicant appealed on points of law. In a judgment deposited on 6 December 2006, the Court of Cassation dismissed the appeal and ordered the applicant to pay EUR 3,000 in costs and expenses.

...

THE LAW

I. COMPLAINTS UNDER ARTICLE 6 § 1 OF THE CONVENTION

...

A. The duration of the main proceedings and the lack of redress through the “Pinto” proceedings

50. The Court notes that the applicant complained of a violation of Article 6 of the Convention because he had received no compensation for proceedings against him that had lasted ten years and seven months for three levels of jurisdiction.

Lack of a significant disadvantage

51. In their observations of 20 May 2010, the Government argued that the applicant had suffered no significant disadvantage. They referred to the text of Article 35 § 3 (b) of the Convention, as amended by Protocol No. 14, according to which the Court can declare an application inadmissible if it considers that “the applicant has not suffered a significant disadvantage, unless respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto requires an examination of the application on the merits and provided that no case may be rejected on this ground which has not been duly considered by a domestic tribunal”.

52. The Government affirmed, in particular, that the prolongation of the proceedings in question had enabled the applicant to have his sentence

reduced because the bribery charge had been declared time-barred. They further submitted that the applicant had obstructed the proceedings so that the charges against him would become time-barred.

53. The applicant rejected the Government's arguments concerning his obstructive behaviour and denied having reaped any benefit from the application of the statute of limitations. He argued, in particular, that as the Appeal Court judgment of 1 March 1996 had already suspended his sentence, the fact that the prosecution had been declared time-barred had not substantially affected his sentence.

54. The Court points out that the purpose of the new "significant disadvantage" admissibility criterion is to enable more rapid disposal of unmeritorious cases and thus to allow it to concentrate on its central mission of providing legal protection of the rights guaranteed by the Convention and its Protocols (see *Stefanescu v. Romania* (dec.), no. 11774/04, § 35, 12 April 2011).

55. Inspired by the general principle *de minimis non curat praetor*, the new criterion hinges on the idea that a violation of a right, however real from a purely legal point of view, should attain a minimum level of severity to warrant consideration by an international court (see *Korolev v. Russia* (dec.), no. 25551/05, 1 July 2010). The assessment of this minimum level is, in the nature of things, relative and depends on all the circumstances of the case (see *Korolev*, cited above, and, *mutatis mutandis*, *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, § 100, Series A no. 161). The severity of a violation should be assessed taking account of both the applicant's subjective perceptions and what is objectively at stake in a particular case.

56. In the light of the criteria established in its case-law, the Court considers that, in ascertaining whether the violation of a right attains the minimum level of severity, the following factors, *inter alia*, should be taken into account: the nature of the right allegedly violated, the seriousness of the impact of the alleged violation on the exercise of a right and/or the possible effects of the violation on the applicant's personal situation (see *Giusti v. Italy*, no. 13175/03, § 34, 18 October 2011).

57. In the present case the Court notes that, because of the duration of the proceedings in question, on 11 June 1998 the Court of Appeal declared the charge of bribery to be time-barred. This evidently led to a reduction in the applicant's sentence because, of the two offences with which he was charged, that was the one that carried the harsher penalty, even though the material before the Court does not indicate the exact extent of that reduction or clarify whether there was ultimately any connection between the reduction and the violation of the "reasonable time" requirement. The Court further observes that the applicant decided not to waive the time

bar, which he was entitled to do under Italian law (see *Le droit et la pratique internes pertinents*, paragraph 42 [see full text of judgment, available in French only, in Hudoc]). In those circumstances, the Court considers that the reduction of his sentence at least compensated for or significantly reduced the damage normally entailed by the excessive length of criminal proceedings. Furthermore, the Court fails to see the relevance of the applicant's observations concerning the fact that the judgment of 1 March 1996 had given him a suspended sentence (see paragraph 23 above). It notes in this regard that in the same judgment the Milan Court of Appeal had already declared the bribery charge time-barred.

58. The Court accordingly considers that the applicant has not suffered a "significant disadvantage" in respect of his right to a hearing within a reasonable time.

59. As to whether respect for the human rights safeguarded by the Convention and its Protocols requires the examination of the merits of the application, the Court reiterates that this notion refers back to the conditions already defined for the application of Articles 37 § 1 and 38 § 1 of the Convention (in its pre-Protocol No. 14 version). The Convention institutions have consistently interpreted these provisions as requiring the continued examination of a case, even where a friendly settlement has been reached or there are grounds for striking the application out of the list. It has also been found, however, that no such examination is required when there is clear and very extensive case-law on the Convention issue concerned in the case before the Court (see, amongst other authorities, *Van Houten v. the Netherlands* (striking out), no. 25149/03, ECHR 2005-IX, and *Kavak v. Turkey* (dec.), nos. 34719/04 and 37472/05, 19 May 2009).

60. In the instant case the Court considers that further examination of the complaint is thus not justified by any imperatives of European public order, of which the Convention and Protocols are instruments.

61. The complaint raises the question of the reasonable length of criminal proceedings, and in particular the length of the main proceedings in the context of the remedy introduced by the "Pinto Act", on which the Court has abundant case-law (see, among other authorities, *Cocchiarella v. Italy* [GC], no. 64886/01, ECHR 2006-V; *Simaldone v. Italy*, no. 22644/03, 31 March 2009; and *Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, ECHR 2000-IV).

62. In such conditions the Court considers that respect for human rights does not require the continued examination of this complaint.

63. Lastly, as regards the third condition for admissibility under the new criterion, namely that no application may be rejected which has not been "duly considered by a domestic tribunal", the Court reiterates that its purpose is to ensure that every case receives a judicial examination whether

at the national level or at the European level. The clause is also consonant with the principle of subsidiarity, as reflected notably in Article 13 of the Convention, which requires that an effective remedy against violations be available at the national level (see *Korolev*, cited above). Together with the previous safeguard clause, it guarantees that the Court will examine serious questions affecting the application or interpretation of the Convention and its Protocols or important questions concerning national law (see the explanatory report to Protocol No. 14, § 83).

64. In the present case the Court notes that the question of the length of the criminal proceedings was examined on two occasions by the competent courts (Court of Appeal and Court of Cassation) for the purposes of the “Pinto” legislation, after the applicant had submitted to the latter court his grounds of appeal against the decision by the former not to award him compensation.

65. In those circumstances the Court considers that the case was duly considered by a domestic tribunal and no important questions affecting the application or interpretation of the Convention or concerning national law were left unanswered.

66. Having regard to the foregoing and to the conditions set forth in Article 35 § 3 (b) of the Convention, the Court considers that this complaint must be declared inadmissible pursuant to Article 35 §§ 3 (b) and 4 of the Convention.

...

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. Declares the complaint regarding the excessive length of the “Pinto” proceedings admissible and the remainder of the application inadmissible;

...

Done in French, and notified in writing on 6 March 2012, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Françoise Elens-Passos
Deputy Registrar

Françoise Tulkens
President

GAS ET DUBOIS c. FRANCE
(Requête n° 25951/07)

CINQUIÈME SECTION

ARRÊT DU 15 MARS 2012¹

1. Texte français original.

SOMMAIRE¹**Refus de l'adoption simple d'un enfant par la femme vivant avec la mère biologique dans le cadre d'un couple homosexuel****Article 14 combiné avec l'article 8**

Discrimination – Vie familiale – Refus de l'adoption simple d'un enfant par la femme vivant avec la mère biologique dans le cadre d'un couple homosexuel – Transfert des droits d'autorité parentale sur l'enfant à l'adoptant en privant la mère biologique de ses droits – Situation juridique comparable – Orientation sexuelle

*

* *

Les requérantes sont deux ressortissantes françaises, vivant en concubinage depuis 1989 et ayant conclu un pacte civil de solidarité (PACS) en avril 2002. En septembre 2000, la deuxième requérante donna naissance en France à une fille conçue en Belgique par procréation médicalement assistée avec donneur anonyme. L'enfant vit depuis sa naissance au domicile commun des requérantes et fut reconnue par sa mère en octobre 2000. En mars 2006, la première requérante forma une requête en adoption simple de la fille de sa partenaire avec le consentement exprès de cette dernière. Le tribunal de grande instance, bien qu'ayant constaté que les conditions légales de l'adoption étaient réunies, rejeta toutefois la demande aux motifs que les conséquences légales de l'adoption sollicitée ne seraient pas conformes à l'intention des requérantes et à l'intérêt de l'enfant, puisque l'autorité parentale serait alors transférée à la première requérante et priverait ainsi la deuxième requérante et mère biologique de l'enfant de ses propres droits sur elle. La première requérante interjeta appel de cette décision. La cour d'appel rejeta la demande et confirma que les conséquences légales de l'adoption sollicitée seraient contraires à l'intérêt de l'enfant, estimant par ailleurs qu'une simple délégation ultérieure éventuelle de l'exercice de cette autorité ne suffisait pas à pallier les risques pour l'enfant résultant de la perte de l'autorité parentale par sa mère.

Article 14 combiné avec l'article 8 : les requérantes se plaignent en l'espèce du refus d'adoption simple qui leur a été opposé. N'étant pas mariées, elles ne peuvent pas bénéficier du partage de l'autorité parentale. Ainsi, dans le cas d'espèce, les conséquences légales de l'adoption simple seraient contraires à l'intérêt de l'enfant sachant que l'adoption réaliseraient un transfert des droits d'autorité parentale sur

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

l'enfant à l'adoptant en privant la mère biologique de ses droits alors que celle-ci entend continuer à élever son enfant.

En ce qui concerne l'insémination artificielle avec donneur anonyme (IAD), elle n'est autorisée en France qu'au profit des couples hétérosexuels infertiles, situation qui n'est pas comparable à celle des requérantes. Il s'ensuit que la législation française concernant l'IAD ne peut être considérée comme étant à l'origine d'une différence de traitement dont les requérantes seraient victimes.

Concernant la situation juridique des requérantes qui n'ont pas le droit de se marier mais sont sous le régime du PACS par rapport à celle des couples mariés, la Convention n'impose pas aux gouvernements des Etats parties d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels et, lorsqu'ils décident d'un autre mode de reconnaissance juridique, ils bénéficient d'une marge d'appréciation quant à la nature exacte du statut conféré. Le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent. L'exercice du droit de se marier est protégé par l'article 12 de la Convention et emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques. Ainsi, on ne saurait considérer, en matière d'adoption par le second parent, que les requérantes se trouvent dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés. Par ailleurs, en examinant la situation des requérantes par rapport à celle des couples hétérosexuels ayant conclu un PACS, force est de constater que ces derniers se voient opposer les mêmes effets, à savoir le refus de l'adoption simple. Les requérantes n'ont donc pas subi un traitement discriminatoire fondé sur leur orientation sexuelle.

Compte tenu du fondement et de l'objet de l'article 365 du code civil, qui régit la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale dans l'adoption simple, l'on ne saurait, en se fondant sur la remise en cause de l'application de cette seule disposition, légitimer la mise en place d'un double lien de filiation en faveur de l'enfant.

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

Jurisprudence citée par la Cour

Marckx c. Belgique, 13 juin 1979, série A n° 31

Lindsay c. Royaume-Uni, n° 11089/84, décision de la Commission du 11 novembre 1986, Décisions et Rapports 49

Smith et Grady c. Royaume-Uni, n°s 33985/96 et 33986/96, CEDH 1999-VI

Nylund c. Finlande (déc.), n° 27110/95, CEDH 1999-VI

Shackell c. Royaume-Uni (déc.), n° 45851/99, 27 avril 2000

L. et V. c. Autriche, n°s 39392/98 et 39829/98, CEDH 2003-I

Karner c. Autriche, n° 40016/98, CEDH 2003-IX

Emonet et autres c. Suisse, n° 39051/03, 13 décembre 2007

E.B. c. France [GC], n° 43546/02, 22 janvier 2008

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

Schalk et Kopf c. Autriche, n° 30141/04, CEDH 2010

Serife Yiğit c. Turquie [GC], n° 3976/05, 2 novembre 2010

En l'affaire Gas et Dubois c. France,

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

Dean Spielmann, *président*,

Jean-Paul Costa,

Karel Jungwiert,

Boštjan M. Zupančič,

Mark Villiger,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Ganna Yudkivska, *juges*,

et de Claudia Westerdiek, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 12 avril 2011 et 14 février 2012,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 25951/07) dirigée contre la République française et dont deux ressortissantes de cet Etat, M^{me} Valérie Gas et M^{me} Nathalie Dubois («les requérantes»), ont saisi la Cour le 15 juin 2007 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»).

2. Les requérantes sont représentées par M^eC. Mécary, avocat à Paris. Le gouvernement français («le Gouvernement») a été représenté par son agent, M^{me} E. Belliard, directrice des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

3. Les requérantes alléguent en particulier qu'elles avaient fait l'objet d'une discrimination par rapport aux couples hétérosexuels car il n'existe pas en France de possibilité juridique permettant aux couples homosexuels d'avoir accès à l'adoption par le second parent. Invoquant l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, les requérantes alléguent avoir subi un traitement discriminatoire fondé sur leur orientation sexuelle et portant atteinte à leur droit au respect de la vie privée et familiale.

4. Par une décision du 31 août 2010, la chambre a déclaré la requête recevable. Le 30 novembre 2010, la chambre a décidé de tenir une audience sur le bien-fondé de l'affaire.

5. Tant les requérantes que le Gouvernement ont déposé des observations écrites complémentaires (article 59 § 1 du règlement). Des observations écrites ont également été reçues de la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, la Commission internationale des juristes, l'European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, la British Association for Adoption and Fostering et le Network of European LGBT Families Associations que le président de la Cour a autorisés à intervenir. Les parties ont répondu à ces commentaires (article 44 § 6 du règlement). Ces organisations ont en outre été autorisées à participer à la procédure orale.

6. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 12 avril 2011 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– pour le Gouvernement

M^{me} A.-F. Tissier, sous-directrice des droits de l'homme à la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, *co-agent*,

M. J.-C. Gracia, secrétariat général du ministère de la Justice, *conseil*,

M^{mes} C. Blanc, direction des affaires civiles et du sceau du ministère de la Justice,

M.-A. Recher Lambey, secrétariat général du ministère de la Justice,

A. Talbot, secrétariat général du ministère de la Justice,

M. Schultz, direction générale de la cohésion sociale

du ministère des Affaires sociales

du ministère des Solidarités et de la Cohésion sociale,

J. Spiteri, direction des affaires financières,

juridiques et des services du ministère du Travail, de l'Emploi et de la Santé,

E. Topin, direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères et européennes, *conseillers*;

– pour les requérantes

M^{es} C. Mécary, avocat, *conseils*,
Y. Streiff, avocat,

M. T. Bouzenoune, *conseiller*;

– pour la tierce partie

M. R. Wintemute, professeur, droits de l'homme, King's College, Londres, *conseiller*.

7. La Cour a entendu en leurs déclarations M^e Mécary, M^{me} Tissier et M. Wintemute. Elle a également entendu M^e Mécary et M^{me} Tissier en leurs réponses à des questions posées par des juges.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

8. Les requérantes sont nées respectivement en 1961 et 1965 et résident à Clamart.

9. Vivant en concubinage depuis 1989 avec M^{me} Valérie Gas («la première requérante»), M^{me} Nathalie Dubois («la deuxième requérante») donna naissance en France, le 21 septembre 2000, à une fille, A., conçue en Belgique par procréation médicalement assistée avec donneur anonyme. A. n'a pas de filiation établie à l'égard du père, qui est un donneur anonyme conformément à la loi belge. L'enfant vit depuis sa naissance au domicile commun des requérantes. Le 22 septembre 2000, l'enfant a été inscrite sur les registres de l'état civil de la mairie de Clamart. Elle a été reconnue par sa mère le 9 octobre 2000.

10. Les deux requérantes conclurent ensuite un pacte civil de solidarité (PACS), enregistré le 15 avril 2002 au greffe du tribunal d'instance de Vanves.

11. Le 3 mars 2006, la première requérante forma devant le tribunal de grande instance de Nanterre une requête en adoption simple de la fille de sa partenaire, avec le consentement exprès de celle-ci donné devant notaire.

12. Le 12 avril 2006, le procureur de la République s'opposa à la demande d'adoption de la première requérante sur le fondement de l'article 365 du code civil (paragraphe 19 ci-dessous).

13. Par un jugement du 4 juillet 2006, le tribunal constata que les conditions légales de l'adoption étaient remplies et qu'il était démontré que les requérantes s'occupaient activement et conjointement de l'enfant, lui apportant soin et affection. Toutefois, le tribunal rejeta la demande aux motifs que l'adoption sollicitée aurait eu des conséquences légales contraires à l'intention des requérantes et à l'intérêt de l'enfant, en transférant l'autorité parentale à l'adoptant et en privant ainsi la mère biologique de ses propres droits sur l'enfant.

14. La première requérante interjeta appel de cette décision, et la deuxième requérante intervint volontairement dans la procédure.

Devant la cour d'appel de Versailles, les requérantes réaffirmèrent leur volonté d'établir, grâce à l'adoption, un cadre juridique sécurisant pour l'enfant conforme à la réalité sociale vécue par lui. Elles soutinrent par ailleurs que la perte de l'autorité parentale subie par la mère de l'enfant pouvait être corrigée par une délégation totale ou partielle de cette autorité, et arguèrent de l'admission par d'autres pays européens de l'adoption d'enfant établissant un lien entre personnes de même sexe.

15. Par un arrêt du 21 décembre 2006, la cour d'appel confirma le rejet de leur demande.

Si, à l'instar des premiers juges, la cour releva que les conditions légales de l'adoption étaient réunies et qu'il était établi que la première requérante participait activement au bien-être affectif et matériel de l'enfant, elle confirma que les conséquences légales de cette adoption n'étaient pas conformes à l'intérêt de l'enfant, dès lors que les requérantes ne pouvaient bénéficier du partage de l'autorité parentale prévu par l'article 365 du code civil en cas d'adoption par le conjoint du père ou de la mère, et que donc M^{me} Dubois se trouverait privée, du fait de l'adoption, de tout droit sur son enfant. La cour estima par ailleurs qu'une simple délégation ultérieure éventuelle de l'exercice de cette autorité ne suffisait pas à pallier les risques pour l'enfant résultant de la perte de l'autorité parentale par sa mère. La requête ne répondrait dès lors, selon la cour, qu'au souhait des requérantes de consacrer et légitimer une parenté conjointe à l'égard de l'enfant.

16. Le 21 février 2007, les requérantes formèrent un pourvoi en cassation, mais ne menèrent pas à son terme la procédure engagée devant la Cour de cassation. Le 20 septembre 2007, le premier président de la Cour de cassation rendit une ordonnance de déchéance du pourvoi.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. Adoption

17. Il existe en droit français deux types d'adoption, l'adoption plénière et l'adoption simple.

1. *L'adoption plénière*

18. Elle ne peut être prononcée que durant la minorité de l'enfant et peut être demandée par des conjoints mariés ou par une personne seule. Elle a pour effet de conférer à l'enfant adopté une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine (si elle existe) et de lui conférer le nom de l'adoptant. Un nouvel acte de naissance est établi et l'adoption est irrévocable (articles 355 et suivants du code civil).

2. L'adoption simple

19. En revanche, l'adoption simple ne rompt pas les liens entre l'enfant et sa famille d'origine, mais crée un lien de filiation supplémentaire (articles 360 et suivants du code civil). Elle peut être réalisée quel que soit l'âge de l'adopté, y compris lorsqu'il est majeur. Elle ajoute le nom de l'adoptant au nom déjà porté par l'adopté. Ce dernier conserve des droits successoraux dans sa famille d'origine et en acquiert vis-à-vis de l'adoptant. Elle crée des obligations réciproques entre l'adoptant et l'adopté, notamment une obligation alimentaire. Les parents de l'adopté ne sont tenus de lui fournir une aide financière que s'il ne peut les obtenir de l'adoptant.

Si l'adopté est mineur, l'adoption simple a pour effet d'investir l'adoptant de tous les droits d'autorité parentale dont le père ou la mère de l'enfant se trouve dès lors dessaisi. Le législateur a aménagé une exception à cette règle : lorsque l'adoption simple est réalisée par le conjoint marié du père ou de la mère de l'enfant adopté. Dans cette hypothèse, l'autorité parentale est partagée entre les époux. Ainsi :

Article 365 du code civil

« L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant devant le greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité. (...) »

De plus, contrairement à l'adoption plénitaire, l'adoption simple peut être révoquée, à la demande de l'adoptant, de l'adopté, ou, lorsque celui-ci est mineur, du ministère public.

L'adoption simple est destinée, pour l'essentiel, et s'agissant de mineurs, à pallier les défaillances du ou des parents biologiques. Dans la pratique, les cas d'adoptions plénières concernent majoritairement des adoptions internationales d'enfants, alors qu'une large majorité des adoptions simples prononcées dans un cadre intrafamilial concernent des majeurs et ont souvent un objectif successoral.

B. Autorité parentale

20. L'autorité parentale est définie comme l'ensemble des droits et des devoirs des parents à l'égard des enfants mineurs. Elle vise à protéger l'enfant « dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement » (article 371-1 du code civil). En principe, dès lors que le lien de filiation est établi, tout parent d'un enfant mineur est titulaire de l'autorité parentale, qui ne peut lui être retirée que pour des

causes graves. L'autorité parentale prend fin lors de la majorité, en principe à dix-huit ans. L'autorité parentale se distingue de l'exercice de l'autorité parentale. Ce dernier peut être confié à un seul des parents pour des motifs tenant à l'intérêt de l'enfant. Le parent auquel l'exercice de l'autorité parentale n'a pas été confié conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de ses enfants. Il doit être informé des choix importants relatifs à leur vie et un droit de visite et d'hébergement ne peut, sauf motifs graves, lui être refusé.

21. Il existe des possibilités de délégation de l'autorité parentale à des tiers (articles 376 et suivants du code civil). Depuis la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, la délégation «classique» d'autorité parentale, régie par l'article 377 du code civil, prévoit que, lorsque les circonstances l'exigent, les parents ou l'un des deux peuvent saisir le juge aux affaires familiales pour que l'exercice de l'autorité parentale soit délégué à un tiers (un particulier, un établissement agréé ou le service départemental de l'Aide sociale à l'enfance). La délégation n'est pas définitive et ne peut comporter le droit de consentir à l'adoption. Dans ce cadre, il y a transfert total ou partiel de l'autorité parentale : les parents demeurent titulaires de l'autorité parentale, mais sont dépossédés de son exercice au profit d'un tiers.

22. Au sein de la procédure de délégation classique, la loi du 4 mars 2002 a institué une mesure plus souple de délégation-partage de l'autorité parentale (article 377-1 du code civil). Ainsi, le jugement de délégation de l'autorité parentale peut prévoir, «pour les besoins d'éducation de l'enfant», que les parents ou l'un d'entre eux partageront tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers déléataire, sans être dépossédés d'une autorité partagée. Cette mesure permet l'organisation des rapports entre l'enfant, le couple séparé et les tiers, qu'il s'agisse des grands-parents, des beaux-parents ou des concubins. Chaque parent reste titulaire de l'autorité parentale et en conserve l'exercice. La délégation n'entraîne pas de transfert de nom ni d'établissement d'un lien de filiation, elle est provisoire et disparaît à la majorité de l'enfant.

C. Mariage et pacte civil de solidarité (PACS)

23. En France, le mariage n'est pas autorisé pour les couples homosexuels (article 144 du code civil). Ce principe a été réitéré par la Cour de cassation qui a rappelé, dans un arrêt rendu le 13 mars 2007, que «selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme».

24. Le pacte civil de solidarité (PACS) est défini par l'article 515-1 du code civil comme «un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie

commune». Le PACS implique pour les partenaires un certain nombre d'obligations dont celles de maintenir une vie commune et de s'apporter une aide matérielle et une assistance réciproques.

Le PACS confère également aux partenaires certains droits, accrus depuis l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2007 de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. Les partenaires forment ainsi un seul foyer fiscal; ils sont par ailleurs assimilés aux conjoints mariés pour l'exercice de certains droits, spécialement au titre de l'assurance maladie et maternité et de l'assurance décès. Certains effets propres au mariage restent inapplicables aux partenaires du PACS, la loi notamment ne créant pas de lien d'alliance ou de vocation héréditaire entre partenaires. En particulier, la dissolution du PACS échappe aux procédures judiciaires de divorce et peut intervenir sur simple déclaration conjointe des partenaires ou décision unilatérale de l'un d'eux signifiée à son cocontractant (article 515-7 du code civil). De plus, le PACS n'a aucune incidence sur les dispositions du code civil relatives à la filiation adoptive et à l'autorité parentale.

D. Procréation médicalement assistée (PMA)

25. L'assistance médicale à la procréation, qui désigne les pratiques permettant la conception *in vitro*, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle est régie par les articles L. 2141-1 et suivants du code de la santé publique. Aux termes de l'article L. 2141-2 du même code, la PMA n'est autorisée en France que dans un but thérapeutique en vue de «remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué» ou «d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité». La PMA est autorisée au profit d'un homme et d'une femme formant un couple, en âge de procréer, mariés ou justifiant d'une vie commune.

26. Dans ce cas, l'article 311-20 du code civil prévoit une reconnaissance judiciaire de paternité pour le second parent dans les termes suivants :

«Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation.

(...)

Celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant.

En outre, sa paternité est judiciairement déclarée. L'action obéit aux dispositions des articles 328 et 331.»

E. Jurisprudence

1. Sur le refus de l'adoption simple de l'enfant mineur du partenaire d'un PACS

27. La Cour de cassation a statué sur cette question à plusieurs reprises. Les deux premiers arrêts rendus le 20 février 2007 concernaient des espèces mettant en cause des femmes homosexuelles vivant en partenariat (PACS) et ayant des enfants tous rattachés légalement à leur mère, la filiation paternelle n'étant pas établie. Dans les deux cas, l'adoption simple des enfants avait été demandée, avec le consentement de la mère, par la partenaire. Une des requêtes avait été accueillie favorablement par la cour d'appel de Bourges, aux motifs notamment que «l'adoption était conforme à l'intérêt de l'enfant» et l'autre avait été rejetée par la cour d'appel de Paris. Au visa de l'article 365 du code civil, la première chambre civile de la Cour de cassation cassa et annula le premier arrêt d'appel :

«Qu'en statuant ainsi, alors que cette adoption réalisait un transfert des droits d'autorité parentale sur l'enfant en privant la mère biologique, qui entendait continuer à éléver l'enfant, de ses propres droits, de sorte que, même si M^{me} Y... avait alors consenti à cette adoption, en faisant droit à la requête la cour d'appel a violé le texte susvisé; (...).»

Elle confirma le second arrêt d'appel :

«Mais attendu qu'ayant retenu à juste titre que M^{me} Y ..., mère des enfants, perdrat son autorité parentale sur eux en cas d'adoption par M^{me} X ..., alors qu'il y avait communauté de vie, puis relevé que la délégation de l'autorité parentale ne pouvait être demandée que si les circonstances l'exigeaient, ce qui n'était ni établi, ni allégué, et qu'en l'espèce, une telle délégation ou son partage étaient, à l'égard d'une adoption, antinomique et contradictoire, l'adoption d'un enfant mineur ayant pour but de conférer l'autorité parentale au seul adoptant, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise, a légalement justifié sa décision;» (Cass. 1^{re} civ., 20 février 2007, arrêts n°s 224 et 221, Bulletin civil 2007 I n°s 70 et 71).

La Cour de cassation confirma par la suite cette approche :

«(...) d'une part, que [le père ou] la mère de l'enfant perdrat son autorité parentale en cas d'adoption de son enfant alors qu'[il ou] elle présente toute aptitude à exercer cette autorité et ne manifeste aucun rejet à son égard, d'autre part, que l'article 365 du code civil ne prévoit le partage de l'autorité parentale que dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint, et qu'en l'état de la législation française, les conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage, la cour d'appel, qui n'a contredit aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, a légalement justifié sa décision.» (Cass. 1^{re} civ., 19 décembre 2007, Bulletin civil 2007 I n° 392; voir aussi, dans le même sens, Cass. 1^{re} Civ., 6 février 2008, inédit, pourvoi n° 07-12948 et Cass. 1^{re} Civ., 9 mars 2011).

28. Les deux premiers arrêts rendus le 20 février 2007 furent publiés au Bulletin d'information de la Cour de cassation, sur Internet et au rapport annuel.

2. Sur la délégation d'autorité parentale

29. Dans un premier arrêt de principe (Cass. 1^{re} civ., 24 février 2006, publié au Bulletin), la Cour de cassation autorisa un couple homosexuel pacsé à bénéficier de ce dispositif. Elle jugea que l'article 377 al. 1 du code civil « ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant ». Par la suite, la Cour de cassation restreignit les conditions requises pour l'octroi d'une délégation d'autorité parentale (Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2010, publié au Bulletin). Si les conditions posées restent identiques (il faut que les circonstances l'exigent et que la mesure soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant), la Cour de cassation exige désormais que les demanderesses justifient qu'une telle mesure permettrait d'améliorer les conditions de vie des enfants et qu'elle présente un caractère indispensable. Cette conception restrictive est désormais appliquée par les juges du fond (TGI Paris, 5 novembre 2010).

3. Décision du Conseil constitutionnel du 6 octobre 2010

30. Dans le cadre d'une espèce concernant des faits similaires à ceux de la présente affaire, les requérantes alléguèrent une atteinte au principe constitutionnel d'égalité et demandèrent la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) au Conseil constitutionnel, ce que la Cour de cassation accepta.

31. Dans une décision du 6 octobre 2010, le Conseil constitutionnel précisa qu'il ne lui appartenait pas de statuer *in abstracto* sur la constitutionnalité des dispositions légales contestées, mais à la lumière de l'interprétation jurisprudentielle constante qu'en fait la Cour de cassation. En l'espèce, la constitutionnalité de l'article 365 du code civil devait donc s'apprécier en ce que cette disposition a pour effet (consacré par la Cour de cassation le 20 février 2007) d'interdire par principe l'adoption de l'enfant par un partenaire ou un concubin.

En premier lieu, le Conseil rappela que les dispositions de l'article 365 ne font pas obstacle à la liberté des couples de vivre en concubinage ou de conclure un PACS, pas plus qu'elles n'empêchent le parent biologique d'associer son concubin ou son partenaire à l'éducation de l'enfant. Il jugea cependant que le droit de mener une vie familiale, tel que garanti par la

Constitution, n'ouvre pas droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive entre l'enfant et le partenaire de son parent.

En second lieu, il constata que le législateur a délibérément décidé de résérer la faculté d'une adoption simple aux couples mariés et qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur.

III. TEXTES ET DOCUMENTS DU CONSEIL DE L'EUROPE

A. La Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée)

32. Ouverte à la signature le 27 novembre 2008, cette Convention est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2011. Elle n'a pas été signée ni ratifiée par la France. Elle prévoit, en ses dispositions pertinentes :

Article 7 – Conditions de l'adoption

- « 1. La législation permet l'adoption d'un enfant:
 - a) par deux personnes de sexe différent
 - i. qui sont mariées ensemble ou,
 - ii. lorsqu'une telle institution existe, qui ont contracté un partenariat enregistré;
 - b) par une seule personne.
- 2. Les Etats ont la possibilité d'étendre la portée de la présente Convention aux couples homosexuels mariés ou qui ont contracté un partenariat enregistré ensemble. Ils ont également la possibilité d'étendre la portée de la présente Convention aux couples hétérosexuels et homosexuels qui vivent ensemble dans le cadre d'une relation stable.
- (...)

Article 11 – Effets de l'adoption

1. Lors de l'adoption, l'enfant devient membre à part entière de la famille de l'adoptant ou des adoptants et a, à l'égard de l'adoptant ou des adoptants et à l'égard de sa ou de leur famille, les mêmes droits et obligations que ceux d'un enfant de l'adoptant ou des adoptants dont la filiation est légalement établie. L'adoptant ou les adoptants assument la responsabilité parentale vis-à-vis de l'enfant. L'adoption met fin au lien juridique existant entre l'enfant et ses père, mère et famille d'origine.

2. Néanmoins, le conjoint, le partenaire enregistré ou le concubin de l'adoptant conserve ses droits et obligations envers l'enfant adopté si celui-ci est son enfant, à moins que la législation n'y déroge.

(...)

4. Les Etats Parties peuvent prévoir des dispositions relatives à d'autres formes d'adoption ayant des effets plus limités que ceux mentionnés aux paragraphes précédents du présent article.»

B. Recommandation du Comité des Ministres

33. La Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres, adoptée le 31 mars 2010, sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et sur l'identité de genre recommande notamment aux Etats membres :

« (...)

24. Lorsque la législation nationale reconnaît les partenariats enregistrés entre personnes de même sexe, les Etats membres devraient viser à ce que leur statut juridique, ainsi que leurs droits et obligations soient équivalents à ceux des couples hétérosexuels dans une situation comparable.

25. Lorsque la législation ne reconnaît ni confère de droit ou d'obligation aux partenariats enregistrés entre personnes de même sexe et aux couples non mariés, les Etats membres sont invités à considérer la possibilité de fournir, sans aucune discrimination, y compris vis-à-vis de couples de sexes différents, aux couples de même sexe des moyens juridiques ou autres pour répondre aux problèmes pratiques liés à la réalité sociale dans laquelle ils vivent. »

EN DROIT

34. Les requérantes allèguent avoir subi un traitement discriminatoire fondé sur leur orientation sexuelle et portant atteinte à leur droit au respect de la vie privée et familiale. Elles invoquent l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, qui se lisent comme suit :

Article 8

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

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

Article 14

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

I. SUR L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE DU GOUVERNEMENT

35. A titre principal, le Gouvernement réitère que l'article 8 de la Convention n'est pas applicable en l'espèce. Reprenant l'argumentation déjà développée lors de l'examen de la recevabilité de l'affaire, le Gouvernement se réfère à la jurisprudence de la Cour selon laquelle il s'agit d'apprecier *in concreto* l'existence d'une vie familiale, qui n'est pas limitée au cadre juridique du mariage. Toutefois, le Gouvernement souligne que, selon une jurisprudence constante de la Cour, l'article 8 ne garantit aucun droit à l'adoption, ni à l'établissement d'une filiation entre l'adulte et l'enfant avec lequel il entretient une vie familiale, et moins encore un droit à l'enfant. Or, dès lors que le droit à l'adoption ne relève pas de la Convention, le Gouvernement estime que les requérantes ne peuvent se prévaloir d'une discrimination dans le bénéfice de ce droit puisque l'article 14 de la Convention n'a pas d'existence indépendante.

36. Les requérantes se réfèrent aux arguments exposés dans le cadre de l'examen de la recevabilité de l'affaire.

37. La Cour constate que les requérantes se fondent sur l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention et que cette dernière disposition ne garantit ni le droit de fonder une famille, ni le droit d'adopter, ce dont les parties conviennent (*E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, § 41, 22 janvier 2008). Toutefois, force est de constater que l'examen *in concreto* de la situation des requérantes permet de conclure à la présence d'une «vie familiale» au sens de l'article 8 de la Convention. De plus, l'orientation sexuelle relève de la sphère personnelle protégée par l'article 8 de la Convention. Il s'ensuit que les faits de la cause tombent «sous l'empire» de l'un au moins des articles de la Convention, qui pourra être complété par l'article 14 invoqué en l'espèce.

38. La Cour renvoie à cet égard à sa décision du 31 août 2010 sur la recevabilité de la requête laquelle a conclu à l'applicabilité en l'espèce de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

39. Il y a lieu en conséquence de rejeter l'exception préliminaire du Gouvernement et de poursuivre l'examen au fond du grief.

II. SUR LE BIEN-FONDÉ

A. Thèses des parties

1. *Les requérantes*

40. Les requérantes se plaignent du rejet de l'adoption sollicitée par la première requérante de l'enfant de sa compagne. Elles soutiennent que le motif pris des conséquences légales d'une telle adoption opérant retrait de

l'autorité parentale de la mère ne constitue un obstacle définitif à l'adoption que pour les couples de même sexe puisque, contrairement aux personnes de sexe différent, elles ne peuvent pas contracter mariage, et donc bénéficier des dispositions de l'article 365 du code civil. Elles estiment que le refus ainsi opposé, par une position de principe, de prononcer l'adoption simple de A. par la première requérante a porté atteinte à leur droit à la vie privée et familiale et ce de façon discriminatoire.

41. Les requérantes rappellent que A. a été conçue en Belgique par insémination artificielle avec donneur anonyme. Bien qu'élevée depuis sa naissance par les deux femmes, A. n'a, sur le plan juridique, qu'un seul parent, la deuxième requérante. Celle-ci a transmis son nom à A., exerce seule l'autorité parentale, et lui transmettra ses biens à sa mort. En revanche, sur le plan juridique, la première requérante n'a ni devoir ni droit vis-à-vis de l'enfant. Les requérantes expliquent avoir souhaité remédier à cette situation par une demande d'adoption simple, celle-ci permettant d'établir un lien de filiation qui s'ajoute au lien de filiation d'origine. A. aurait donc eu juridiquement deux parents et la sécurité juridique qui en découle, ce qui leur a été refusé par les instances nationales.

42. Les requérantes feraient donc l'objet d'une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle puisque les autorités françaises ont exclu de l'adoption simple les partenaires d'un couple de personnes du même sexe, mais pas les personnes unies par un mariage. Les requérantes rappellent en effet que le mariage homosexuel demeure interdit en France, comme l'a indiqué la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 13 mars 2007.

Cette différence de traitement discriminatoire se vérifierait également entre la situation des concubins et pacsés de même sexe et ceux de sexe différent, puisque les hétérosexuels peuvent échapper à la rigueur de l'article 365 du code civil en se mariant, ce qui n'est pas possible pour les homosexuels. Les requérantes exposent ne pas demander en l'espèce l'accès au mariage, mais soulignent la neutralité seulement apparente des dispositions du code civil, qui créent une discrimination indirecte.

43. A l'audience, pour illustrer leur propos, les requérantes ont comparé la situation d'A. à celle d'une autre enfant, A.D. Celle-ci aurait été conçue par insémination artificielle avec un donneur anonyme par une femme vivant en concubinage avec un homme, M. D. Or, alors que les situations d'A. et d'A.D. seraient en tous points comparables, leur statut juridique est différent, puisque par application de l'article 311-20 du code civil M. D. est le père juridique de l'enfant, sans même avoir à faire de demande d'adoption simple (paragraphe 26 ci-dessus). Ainsi, que ce soit pour des actes de la vie courante (inscription à l'école et suivi scolaire) ou dans des circonstances plus graves (accident de la circulation), A. ne peut être accompagnée que

par sa mère, alors qu'A.D. peut être prise en charge par M. D. De plus, en cas de décès de la mère biologique, A. devient orpheline et peut être confiée à un tuteur ou à une famille d'accueil, alors qu'A.D. sera confiée à son père juridique. Les requérantes en déduisent que la législation française concernant l'adoption simple et l'insémination avec donneur anonyme (IAD) empêche l'établissement d'un lien de filiation adoptif entre A. et la première requérante, alors que cela serait possible si cette dernière était un homme. Même si les requérantes soulignent ne pas souhaiter remettre en cause l'accès à l'IAD tel que prévu par le droit français, il y aurait une différence de traitement juridique selon que les couples élevant les enfants sont composés de deux femmes vivant en concubinage ou ayant conclu un PACS, ou d'un homme et d'une femme concubins ou pacsés.

44. Ajoutant un autre exemple, les requérantes évoquent la possibilité que, suite au décès de M. D., la mère d'A.D. rencontre un autre homme, M. N., et décide de vivre en concubinage ou de se marier avec lui. M. N. pourrait demander l'adoption simple d'A.D. alors que celle d'A. serait refusée à la première requérante.

45. Il y aurait donc une différence de traitement entre la situation de deux femmes vivant en concubinage ou ayant conclu un pacte civil de solidarité (PACS), qui ne peuvent pas se marier, et la situation d'une femme et d'un homme qui, s'ils se marient, autorise le conjoint de la mère à demander l'adoption simple de l'enfant avec un partage automatique de l'autorité parentale.

46. Or, selon les requérantes, cette différence de traitement ne poursuit aucun but légitime. En tout cas, l'intérêt de l'enfant commanderait de lui assurer la protection juridique de deux parents plutôt que d'un seul. De plus, selon elles, la délégation partage de l'autorité parentale (DPAP), qu'elles n'ont d'ailleurs pas demandée aux instances nationales, serait insuffisante. En effet, la DPAP ne concerne que l'autorité parentale, est temporaire et n'est pas accordée aisément par les juridictions nationales depuis le 8 juillet 2010 (paragraphe 29 ci-dessus). Elles soulignent que la meilleure protection de l'intérêt de l'enfant est assurée par l'adoption simple, et non par la DPAP.

47. Les requérantes concluent que le refus d'adoption simple qui leur a été opposé constitue une discrimination à la fois directe et indirecte fondée sur l'orientation sexuelle et contraire à la Convention. Elles considèrent que le gouvernement français devrait proposer des modifications législatives pour mettre fin à cette discrimination.

2. Le Gouvernement

48. Le Gouvernement rappelle d'abord les régimes juridiques de l'adoption en droit français ainsi que celui relatif à la délégation de l'autorité

parentale, et leurs fondements (paragraphes 17 à 22 ci-dessus). Quant à la présente espèce, à l'audience le Gouvernement a noté que les requérantes n'ont pas formulé de demande de DPAP, alors que celle-ci peut être justifiée par les circonstances (par exemple, départ en voyage de la deuxième requérante).

49. Ensuite, le Gouvernement considère qu'aucune discrimination objective ne résulte de l'article 365 du code civil, puisque cette disposition est applicable de la même façon à tous les couples non mariés, et ce quelle que soit la composition du couple. La seule exception prévue par l'article litigieux, le conjoint marié, a été mise en place par le législateur dans un souci de protection des intérêts de l'enfant. En effet, selon le Gouvernement, le mariage demeure une institution garantissant une stabilité du couple plus importante que d'autres types d'unions. De plus, en cas de dissolution du mariage, l'intervention du juge aux affaires familiales est automatique. Au contraire, le PACS présente une grande souplesse aussi bien pour le conclure que pour le défaire, et n'emporte aucune conséquence en matière familiale et aucun effet en matière de filiation. Compte tenu de ces éléments, le législateur a donc voulu limiter les possibilités d'adoption simple afin d'assurer à l'enfant un cadre pérenne, tant dans sa prise en charge que dans son éducation.

50. Le Gouvernement réfute également l'existence d'une discrimination par ricochet ou indirecte invoquée par les requérantes, découlant de ce que le mariage est réservé en France aux couples hétérosexuels. Le Gouvernement expose à cet égard que, selon la jurisprudence de la Cour, la vie familiale peut s'exercer en dehors du seul cadre du mariage, comme elle peut s'exercer en dehors de liens juridiques de filiation.

51. En tout état de cause, si la Cour venait à considérer qu'il existe une différence de traitement, le Gouvernement estimerait que celle-ci est justifiée et ne constitue pas une discrimination, qu'il s'agisse de la comparaison de la situation des requérantes avec celle d'un couple marié ou avec celle d'un couple hétérosexuel pacsé ou vivant en concubinage.

52. A l'audience, le Gouvernement a souligné en particulier que l'ensemble du droit français de la filiation est fondé sur l'altérité sexuelle. Compte tenu de cette approche, qui relève d'un choix de société, le Gouvernement estime que la mise en place de la possibilité pour un enfant d'avoir une filiation établie uniquement à l'égard de deux femmes ou de deux hommes constitue une réforme de principe qui ne pourrait émaner que d'un parlement. Cette question devrait donc être traitée globalement à l'occasion d'un débat démocratique, et non par des biais détournés comme le partage de l'autorité parentale dans l'adoption simple.

3. Les tiers intervenants

53. La Fédération internationale des ligues des droits de l'homme (FIDH), la Commission internationale des juristes (ICJ), l'European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA-Europe), la British Association for Adoption and Fostering (BAAF) et le Network of European LGBT Families Associations (NELFA) soumettent à la Cour une intervention commune.

54. Ces organisations précisent d'abord que l'adoption par des homosexuels relève de trois situations bien distinctes: en premier lieu, il peut s'agir d'un célibataire souhaitant adopter, dans un pays membre où cela est autorisé, même à titre exceptionnel, étant entendu que tout partenaire n'aura aucun droit à l'égard de l'enfant adopté (adoption individuelle); en deuxième lieu, l'un des membres d'un couple du même sexe peut souhaiter adopter l'enfant de son partenaire, permettant ainsi aux deux membres de ce couple d'exercer l'autorité parentale vis-à-vis de l'enfant adopté (adoption par un second parent); enfin, les deux membres d'un couple du même sexe peuvent vouloir adopter ensemble un enfant qui n'a aucun lien avec eux, de sorte que les deux partenaires acquièrent simultanément les droits parentaux à l'égard de l'enfant adopté (adoption conjointe). Dans l'affaire *E.B. c. France* précitée, la Cour s'est prononcée en faveur d'un accès égal à l'adoption simple pour toute personne, quelle que soit son orientation sexuelle. En l'espèce, c'est l'adoption par un second parent qui est en cause.

55. En 2011, dix Etats membres du Conseil de l'Europe sur quarante-sept autorisaient l'adoption par le second parent, et des modifications législatives dans le même sens sont à l'étude dans d'autres pays. Selon les tiers intervenants, un consensus paraît donc se dégager de plus en plus dans le sens suivant: lorsqu'un enfant est élevé par un couple homosexuel stable, la reconnaissance juridique du statut du deuxième parent renforce le bien-être de l'enfant et assure une meilleure protection de ses intérêts.

56. Dans d'autres Etats, la législation et la jurisprudence suivent la même orientation. Ainsi, l'adoption par le second parent est possible pour les couples homosexuels dans treize provinces du Canada, dans au moins seize des cinquante Etats américains et dans d'autres pays tels que le Brésil, l'Uruguay, la Nouvelle-Zélande et certaines parties de l'Australie.

57. Se référant à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, à la jurisprudence pertinente de la Cour ainsi qu'à celle de certaines cours nationales (comme la Chambre des lords britannique ou la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud), les tiers intervenants demandent à la Cour de consacrer cette approche, qui privilégie selon eux la protection de l'intérêt de l'enfant.

B. Appréciation de la Cour

1. Principes généraux applicables

58. Selon la jurisprudence constante de la Cour, pour qu'un problème se pose au regard de l'article 14, il doit y avoir une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables. Une telle distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Par ailleurs, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement (*Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, § 60, CEDH 2008), y compris des distinctions de traitement juridique (*Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 38, série A n° 31).

59. D'une part, la Cour a maintes fois dit que, comme les différences fondées sur le sexe, les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves (*Karner c. Autriche*, n° 40016/98, § 37, CEDH 2003-IX, *L. et V. c. Autriche*, n°s 39392/98 et 39829/98, § 45, CEDH 2003-I, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n°s 33985/96 et 33986/96, § 90, CEDH 1999-VI, et *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, §§ 96 et 97, CEDH 2010).

60. D'autre part, la marge d'appréciation dont jouissent les Etats pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement est d'ordinaire ample lorsqu'il s'agit de prendre des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale (voir, par exemple, *Schalk et Kopf*, précité, § 97).

2. Application de ces principes au cas d'espèce

61. Avant tout, la Cour relève que la présente affaire diffère de l'affaire *E.B. c. France* précitée. Celle-ci concernait le traitement d'une demande d'agrément en vue d'adopter présentée par une personne célibataire homosexuelle. Dans cette affaire, la Cour a rappelé que le droit français autorise l'adoption d'un enfant par un célibataire, ouvrant ainsi la voie à l'adoption par une personne célibataire homosexuelle. Compte tenu de cette réalité du régime légal interne, elle a en revanche considéré que les raisons avancées par le Gouvernement ne pouvaient être qualifiées de particulièrement graves et convaincantes pour justifier le refus d'agrément

opposé à la requérante. Celle-ci s'était donc vue opposer des motifs tenant à sa situation, que la Cour a jugés discriminatoires (*ibidem*, § 94).

62. La Cour constate que tel n'est pas le cas en l'espèce dès lors que les requérantes se plaignent du refus d'adoption simple qui leur a été opposé concernant l'enfant A. A l'appui de leur décision, les juridictions nationales ont estimé que puisque l'adoption simple réalise un transfert des droits d'autorité parentale à l'adoptante, elle n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant dès lors que la mère biologique entend continuer à élever cet enfant. Les juridictions ont ainsi appliqué les dispositions de l'article 365 du code civil qui régit la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale dans l'adoption simple. N'étant pas mariées, les requérantes n'ont pas pu bénéficier de la seule exception prévue par ce texte.

63. S'agissant de l'insémination artificielle avec donneur anonyme (IAD) telle que prévue par le droit français, la Cour constate que, sans remettre en cause les conditions d'accès à ce dispositif, les requérantes en critiquent les conséquences juridiques et allèguent une différence de traitement injustifiée (paragraphe 43 *in fine*). Or, la Cour observe d'abord que les requérantes n'ont pas contesté cette législation devant les juridictions nationales. Surtout, la Cour relève que si le droit français ne prévoit l'accès à ce dispositif que pour les couples hétérosexuels, cet accès est également subordonné à l'existence d'un but thérapeutique, visant notamment à remédier à une infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement constaté ou à éviter la transmission d'une maladie grave (paragraphes 25 et 26 ci-dessus). Ainsi, pour l'essentiel, l'IAD n'est autorisée en France qu'au profit des couples hétérosexuels infertiles, situation qui n'est pas comparable à celle des requérantes. Il s'ensuit, pour la Cour, que la législation française concernant l'IAD ne peut être considérée comme étant à l'origine d'une différence de traitement dont les requérantes seraient victimes. La Cour constate également que ces normes ne permettent pas l'établissement du lien de filiation adoptif qu'elles revendiquent.

64. Les requérantes soutiennent que le refus opposé par les juridictions françaises de prononcer l'adoption simple de A. par la première requérante a porté atteinte à leur droit à la vie privée et familiale de façon discriminatoire. Elles allèguent subir une différence de traitement injustifiée en tant que couple homosexuel par rapport aux couples hétérosexuels, qu'ils soient mariés ou non.

65. D'abord, la Cour estime donc nécessaire d'examiner la situation juridique des requérantes par rapport à celle des couples mariés. Elle constate que l'article 365 du code civil aménage un partage de l'autorité parentale lorsque l'adoptant se trouve être le conjoint du parent biologique

de l'adopté, ce dont ne peuvent bénéficier les requérantes, compte tenu de l'interdiction de se marier qui leur est faite en droit français.

66. D'emblée, la Cour rappelle qu'elle a déjà énoncé, dans le cadre de l'examen de l'affaire *Schalk et Kopf* précitée, que l'article 12 de la Convention n'impose pas aux gouvernements des Etats parties l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel (*ibidem*, §§ 49 à 64). Le droit au mariage homosexuel ne peut pas non plus se déduire de l'article 14 combiné avec l'article 8 (*ibidem*, § 101). De plus, elle a estimé que lorsque les Etats décident d'offrir aux couples homosexuels un autre mode de reconnaissance juridique, ils bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré (*ibidem*, § 108).

67. La Cour relève qu'en l'espèce, les requérantes précisent ne pas demander l'accès au mariage, mais, se trouvant, selon elles, dans une situation analogue, elles allèguent une distinction discriminatoire.

68. La Cour n'est pas convaincue par cet argument. Elle rappelle, comme elle l'a déjà constaté, que le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent. L'exercice du droit de se marier est protégé par l'article 12 de la Convention et emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques (*Burden*, précité, § 63, et *Shackell c. Royaume-Uni* (déc.), n° 45851/99, 27 avril 2000; voir aussi *Nylund c. Finlande* (déc.), n° 27110/95, CEDH 1999-VI, *Lindsay c. Royaume-Uni*, n° 11089/84, décision de la Commission du 11 novembre 1986, Décisions et Rapports 49, et *Serife Yiğit c. Turquie* [GC], n° 3976/05, 2 novembre 2010). Par conséquent, la Cour estime que l'on ne saurait considérer, en matière d'adoption par le second parent, que les requérantes se trouvent dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés.

69. Ensuite, et pour en venir à la deuxième partie du grief des requérantes, la Cour doit examiner leur situation par rapport à celle des couples hétérosexuels non mariés. Ces couples peuvent avoir conclu un PACS, comme les requérantes, ou vivre en concubinage. Pour l'essentiel, la Cour relève que des couples placés dans une situation juridique comparable, la conclusion d'un PACS, se voient opposer les mêmes effets, à savoir le refus de l'adoption simple (paragraphes 19, 24 et 31 ci-dessus). Elle ne relève donc pas de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle des requérantes.

70. Certes, les requérantes allèguent une discrimination indirecte fondée à nouveau sur l'impossibilité de se marier, alors que les couples hétérosexuels peuvent échapper à l'article 365 du code civil par ce biais.

71. Toutefois, à cet égard, la Cour ne peut que se référer au constat déjà effectué précédemment (paragraphes 66 à 68 ci-dessus).

72. Enfin, et à titre subsidiaire, la Cour observe qu'elle a déjà reconnu que la logique de la conception de l'adoption litigieuse, qui entraîne la rupture du lien de filiation antérieur entre la personne adoptée et son parent naturel est valable pour les personnes mineures (voir, *mutatis mutandis*, *Emonet et autres c. Suisse*, n° 39051/03, § 80, 13 décembre 2007). Elle estime que, compte tenu du fondement et de l'objet de l'article 365 du code civil (paragraphe 19 ci-dessus), qui régit la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale dans l'adoption simple, l'on ne saurait, en se fondant sur la remise en cause de l'application de cette seule disposition, légitimer la mise en place d'un double lien de filiation en faveur de A.

73. Partant, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Rejette*, à l'unanimité, l'exception préliminaire du Gouvernement;
2. *Dit*, par six voix contre une, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

Fait en français, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 15 mars 2012.

Claudia Westerdiek
Greffière

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 Costa à laquelle se rallie le juge Spielmann ;
- opinion concordante du juge Spielmann à laquelle se rallie la juge Berro-Lefèvre ;
- opinion dissidente du juge Villiger.

D.S.
C.W.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE COSTA À LAQUELLE SE RALLIE LE JUGE SPIELMANN

J'ai voté pour la non-violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec son article 8. J'aimerais exprimer quelques réserves par rapport à cette solution et quelques remarques sur la suite qui pourrait être donnée à cette affaire, notamment par l'Etat défendeur, la France.

Les faits sont simples. M^{mes} Gas et Dubois, la première et la seconde requérantes, vivent en couple. D'abord concubines, elles ont ensuite conclu un pacte civil de solidarité (PACS). La seconde requérante a mis au monde une petite fille, conçue par procréation médicalement assistée, d'un donneur anonyme, qu'elle a reconnue. Puis sa compagne, la première requérante, avec son consentement exprès, a demandé à adopter l'enfant. Les juridictions nationales ont rejeté cette demande, en se fondant sur l'article 365 du code civil, qui n'interdit pas en soi l'adoption dans un tel cas, mais parce que celle-ci aurait eu pour effet de transférer à la première requérante l'autorité parentale, en privant la seconde requérante de celle-ci. L'article 365 ne prévoit en effet qu'une seule exception à ce transfert exclusif, lorsque l'adoptant est le conjoint du parent. Or M^{me} Gas n'est pas le conjoint de M^{me} Dubois et, en l'état du droit français, ne peut pas l'être, puisqu'elles sont du même sexe.

Les deux requérantes ont donc soutenu devant notre Cour que ce refus était discriminatoire au sens de l'article 14.

La situation résultant de cette application – à mon sens correcte – de l'article 365 révèle quelques paradoxes.

Tout d'abord, si les requérantes avaient été un homme et une femme, mais non mariés, ils n'auraient pas pu davantage mener à bien un tel projet d'adoption ; il est donc difficile de dire qu'il s'agit ici d'une discrimination en fonction du sexe, ou encore moins homophobe.

Ensuite, il est exact que les deux requérantes ne pouvaient pas se marier. Certes, elles ont soutenu qu'elles ne réclamaient pas de droit au mariage homosexuel (ou de droit au mariage pour deux personnes du même sexe), mais il est clair que si la prohibition d'un tel mariage venait à tomber, et qu'elles décident de passer entre elles du PACS au mariage, l'adoption de la petite fille ne se heurterait plus à l'obstacle sur lequel se sont fondés les tribunaux français. Quant au fait que l'adoptante serait homosexuelle, il ne s'opposerait pas par principe à son projet d'adoption, comme la Cour l'a jugé dans l'affaire *E.B. c. France* ([GC], n° 43546/02, 22 janvier 2008). En définitive, le seul terrain sur lequel une discrimination pourrait être trouvée est l'inégalité de traitement entre deux adoptants, quel que soit leur

sex, selon que l'un est le conjoint du parent biologique et légal, et que l'autre ne l'est pas, mais cela ne concerne pas directement nos requérantes. L'arrêt n'a donc pas tort de dire au paragraphe 69 que le grief des requérantes, en tant qu'il touche à leur orientation sexuelle, n'est pas fondé, puisque l'article 365, à mon avis, ne distingue pas ses effets en fonction de l'orientation sexuelle.

J'ajoute cependant que j'ai été quelque peu ébranlé par l'opinion dissidente de mon collègue le juge Villiger. Il estime, en indiquant quelques aspects pratiques importants, que la situation à la base de la présente affaire est incompatible avec l'« intérêt supérieur de l'enfant ». Or il est constant que cette notion occupe une place importante dans la Convention internationale des droits de l'enfant, notamment à l'article 3 et, spécialement en matière d'adoption, à l'article 21. Il est non moins certain que la jurisprudence de la Cour, dans diverses matières, s'appuie largement sur ce critère, depuis longtemps (voir *Johansen c. Norvège*, 7 août 1996, § 77, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III, et de nombreux arrêts depuis lors).

Mais je ne peux suivre mon collègue que jusqu'à un certain point. Il n'est d'abord pas évident que l'intérêt supérieur de l'enfant soit d'être adoptée par M^{me} Gas, ce qui retirerait son autorité parentale à sa mère, M^{me} Dubois. Et quand bien même cela serait vrai, il est difficile de l'affirmer sans succomber au péché de la « quatrième instance ». Fuyons cette tentation.

En réalité, il faudrait pousser le raisonnement du juge Villiger jusqu'à son terme logique, et écarter l'article 365 du code civil au profit de la Convention. Il est certes tout à fait possible de le faire, comme la Cour l'a fait dans l'affaire *Mazurek c. France* (n° 34406/97, CEDH 2000-II). Mais je ne considère pas que, dans une matière comme celle-ci, qui touche à de vrais problèmes de société, il incombe à la Cour de censurer aussi radicalement le législateur (ce que, d'ailleurs, le Conseil constitutionnel – il est vrai au regard de la Constitution et non de la Convention – n'a pas fait: voir sa décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010).

En réalité, et ce sera ma dernière remarque, la jurisprudence admet qu'il y a des domaines dans lesquels le législateur national est mieux placé que le juge européen pour changer des institutions qui concernent la famille, les rapports entre les adultes et les enfants, la notion de mariage. Je prends un exemple. La question du mariage homosexuel est un sujet de débat démocratique, dans plusieurs pays d'Europe. C'est largement pour cette raison que la Cour, dans un arrêt récent, a préféré exercer un contrôle restreint sur les choix nationaux (*Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, CEDH 2010). Il me semble que la cohérence de la politique jurisperudentielle

commande une démarche aussi réservée dans la présente affaire, même si l'économie de l'article 365 du code civil ne me paraît guère convaincante... Puisse donc le législateur français ne pas se contenter de la non-violation à laquelle nous avons conclu, et décider, si je puis dire, de revoir la question.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE SPIELMANN À LAQUELLE SE RALLIE LA JUGE BERRO-LEFÈVRE

Je me rallie à l’opinion concordante du juge Costa, car je partage son avis que le seul terrain sur lequel «une discrimination pourrait être trouvée est l’inégalité de traitement entre deux adoptants, quel que soit leur sexe, selon que l’un est le conjoint du parent biologique et légal, et que l’autre ne l’est pas».

Je suis d’avis que, contrairement à ce qui est affirmé au paragraphe 68 de l’arrêt, en matière d’adoption par le second parent, les requérantes se trouvent dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés. La raison pour laquelle j’ai en définitive voté pour la non-violation de l’article 14 de la Convention combiné avec l’article 8 est que, tout bien pesé, il ne me paraît pas évident que cette différence de traitement soit contraire à la Convention.

Si la fille des requérantes ne peut avoir de lien juridique qu’avec sa mère, il me semble que cela n’empêche pas la vie familiale de se dérouler normalement. En cas de crise, la délégation de l’autorité parentale reste possible «lorsque les circonstances l’exigent» et surtout «dans l’intérêt de l’enfant», par exemple en cas de maladie ou d’accident grave frappant la mère. De plus, en cas de décès, M^{me} Gas pourra devenir la tutrice d’A. Enfin, l’adoption simple est toujours possible à la majorité de l’enfant.

Surtout, et plus fondamentalement, j’estime que cette affaire porte sur des questions pour lesquelles aucun consensus ne se dégage au niveau européen. Selon les tiers intervenants (organisations non gouvernementales spécialisées dans ce domaine et dont la compétence est reconnue), en février 2011, l’adoption par le second parent était possible dans dix des quarante-sept Etats parties à la Convention (soit 21,3 % de ces Etats : Belgique, Danemark, Finlande, Allemagne, Islande, Pays-Bas, Norvège, Espagne, Suède et Royaume-Uni).

Mais l’obstacle de l’article 365 du code civil reste problématique même s’il ne heurte pas en soi la Convention. Le statut juridique de l’enfant demeure empreint de précarité, ce qui n’est assurément pas dans l’intérêt de l’enfant, comme le démontre de manière particulièrement éloquente le juge Villiger dans son opinion dissidente.

C’est la raison pour laquelle je souscris à l’exhortation du juge Costa selon laquelle le législateur devrait revoir la question en adaptant le texte de l’article 365 du code civil aux réalités sociales contemporaines.

OPINION DISSIDENTE DU JUGE VILLIGER

(*Traduction*)

Je ne suis pas en mesure de souscrire à l'arrêt, qui conclut à la non-violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

Mon désaccord a trait à la perspective adoptée par l'arrêt, qui, à mon avis, n'identifie pas les éléments à prendre en compte pour déterminer si la mesure en cause était justifiée. L'arrêt se concentre sur les adultes et non sur l'enfant, qui pourtant fait partie intégrante des griefs des requérantes. A mon sens, il faudrait plutôt rechercher si la différence de traitement litigieuse est justifiée du point de vue de l'*intérêt supérieur de l'enfant*.

Il ressort de l'arrêt – et les intéressées l'ont bien dit lors de l'audience – que les requérantes ne souhaitent pas se marier. Ce qu'elles veulent, c'est l'obtention d'une autorité parentale partagée. Or l'article 365 du code civil français ne leur permet pas d'accéder à une adoption, parce qu'elles constituent un couple homosexuel. Une telle adoption ainsi que le partage consécutif de l'autorité parentale seraient cependant possibles dans le cas de deux adultes (dont l'un a un enfant) qui forment un couple hétérosexuel et qui contractent mariage.

Ce qui me préoccupe, c'est la situation des enfants au sein de tel ou tel type de relation. Les enfants d'un couple hétérosexuel bénéficient de la responsabilité parentale partagée si le couple est marié; il en va autrement pour les enfants d'un couple homosexuel, car, dans ce cas, l'adoption est exclue. C'est là que réside pour moi la différence de traitement vue sous l'angle de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

Je dois préciser à ce stade que j'ai la conviction profonde – et selon moi ce point ne prête pas à controverse – que l'autorité parentale partagée correspond à l'*intérêt supérieur de l'enfant*.

Je ne vois pas de justification à cette différence de traitement. A mes yeux, tous les enfants doivent recevoir le même traitement. Je ne vois pas pourquoi certains enfants, et d'autres non, devraient être privés de ce qui est dans leur intérêt supérieur, à savoir l'autorité parentale partagée.

En effet, qu'y peuvent les enfants s'ils sont nés d'un parent membre d'un couple homosexuel et non hétérosexuel? Pourquoi l'enfant devrait-il pâtrir de la situation des parents? Comme la Cour l'a déclaré dans l'affaire *Mazurek c. France* (n° 34406/97, § 54, CEDH 2000-II) au sujet de la situation défavorable d'un enfant adultérin :

« (...) l'enfant adultérin ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables : il faut cependant constater que le requérant, de par son statut d'enfant adultérin, s'est trouvé pénalisé (...) »

Dire, comme en l'espèce, que cette différence de traitement est justifiée parce que le mariage jouit d'un statut particulier dans la société ne me convainc pas. Ce raisonnement peut éventuellement être justifié du point de vue du législateur lorsqu'il s'agit de faire la distinction entre le mariage et d'autres formes de vie commune. Cependant, cela ne constitue pas l'unique perspective dans la mise en balance des différents intérêts protégés par les articles 14 et 8. En effet, la position de la société ne devrait même pas représenter le principal point de vue (et encore moins le seul, comme dans le présent arrêt). La situation de l'enfant ne devrait-elle pas être tout aussi importante? Justifier la discrimination vis-à-vis des enfants en soulignant que le mariage confère un statut particulier aux adultes qui s'y engagent est à mon avis insuffisant dans cet exercice de mise en balance.

En fait, l'origine du problème en l'espèce semble être l'interdiction générale visant le partage de l'autorité parentale à l'égard des enfants du parent membre d'un couple homosexuel. C'est le point faible de toute législation qui régit un ensemble de situations sur la base d'une seule norme. Ces législations générales engendrent immédiatement des problèmes de proportionnalité, en particulier – et j'insiste sur ce point – dans les affaires ayant trait à la vie familiale.

La Cour a été confrontée à ce type de législation générale sur le terrain de l'article 8 de la Convention, notamment dans des affaires dirigées contre l'Allemagne, où, dans certaines circonstances, la loi empêchait tous les pères d'avoir des contacts avec leurs enfants. Dans ces affaires, la Cour a estimé que la législation était rigide au point d'être disproportionnée et que, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, il convenait plutôt que le juge statuât au cas par cas (*Zaunegger c. Allemagne*, n° 22028/04, 3 décembre 2009, et *Anayo c. Allemagne*, n° 20578/07, 21 décembre 2010).

Concernant l'espèce, je ne prétends nullement que les requérantes devraient être autorisées à se marier, ce que de toute façon elles ne souhaitent pas. Je ne me prononce pas non plus sur les questions d'adoption. J'attire simplement l'attention sur une discrimination qui lèse l'intérêt supérieur de l'enfant.

Dans l'intérêt supérieur de l'enfant né dans le cadre d'une relation homosexuelle, je pense que l'intéressé doit recevoir le meilleur des traitements offerts aux enfants nés dans le cadre d'une relation hétérosexuelle, à savoir l'autorité parentale partagée.

Pour ces raisons, je conclus que dans cette affaire seule une justification insuffisante a été fournie en ce qui concerne la discrimination en cause. Dès lors, il y a eu à mon sens violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

GAS AND DUBOIS v. FRANCE
(Application no. 25951/07)

FIFTH SECTION

JUDGMENT OF 15 MARCH 2012¹

1. Translation; original French.

SUMMARY¹**Refusal of simple-adoption order in favour of homosexual partner of biological mother****Article 14 in conjunction with Article 8**

Discrimination – Family life – Refusal of simple-adoption order in favour of homosexual partner of biological mother – Transfer of parental responsibility for the child to the adoptive parent, depriving the biological mother of her rights – Comparable legal situation – Sexual orientation

*

* * *

The applicants are two French women who have been cohabiting since 1989 and who entered into a civil partnership agreement in April 2002. In September 2000 the second applicant gave birth in France to a daughter who had been conceived in Belgium by means of medically assisted procreation with an anonymous donor. The child has lived all her life in the applicants' shared home and was formally recognised by her mother in October 2000. In March 2006 the first applicant applied for a simple-adoption order in respect of her partner's daughter, with her partner's express consent. The *tribunal de grande instance*, while observing that the statutory requirements for the adoption had been met, nevertheless refused the application on the grounds that the adoption would have legal implications which ran counter to the applicants' intentions and the child's interests, since parental responsibility would be transferred to the first applicant, thereby depriving the second applicant, the child's biological mother, of her own rights in relation to her child. The first applicant appealed against that decision. The court of appeal dismissed the challenge and upheld the finding that the legal consequences of the adoption would be contrary to the child's best interests. The court further considered that simply delegating the exercise of parental responsibility at a later date would not suffice to eliminate the risks to the child resulting from the loss of parental responsibility on the part of her mother.

Held

Article 14 in conjunction with Article 8: The applicants in the present case complained of the refusal to grant a simple-adoption order. Since the applicants were not married they were prevented from sharing parental responsibility. Accordingly,

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

in the instant case, the legal consequences of simple adoption would be contrary to the child's interests, given that the adoption would entail the transfer of parental responsibility to the adoptive parent while depriving the child's biological mother of her rights, despite the fact that she intended to continue bringing up her child. As to the issue of medically assisted procreation using an anonymous donor, this was available in France only to infertile opposite-sex couples, a situation which was not comparable to that of the applicants. It followed that the French legislation on the subject could not be said to give rise to a difference in treatment to the detriment of the applicants.

With regard to the legal situation of the applicants, who did not have the right to marry but had entered into a civil partnership agreement, compared with that of married couples, the Convention did not require the governments of the Contracting Parties to grant same-sex couples access to marriage. If States chose to provide same-sex couples with an alternative means of legal recognition, they enjoyed a certain margin of appreciation regarding the exact status conferred. Marriage conferred a special status on those who entered into it. The exercise of the right to marry was protected by Article 12 of the Convention and gave rise to social, personal and legal consequences. Hence, the applicants' legal situation could not be said to be comparable to that of married couples for the purposes of second-parent adoption. In examining the applicants' situation compared with that of opposite-sex couples who had entered into a civil partnership, the Court could not but observe that the latter were likewise prohibited from obtaining a simple-adoption order. Accordingly, the applicants had not been discriminated against on the basis of their sexual orientation.

In view of the background to and purpose of Article 365 of the Civil Code, which governed the transfer of parental responsibility in the event of simple adoption, there was no justification, on the sole basis of a challenge to the application of that provision, for authorising the establishment of a dual parental tie with the child.

Conclusion: no violation (six votes to one).

Case-law cited by the Court

Marckx v. Belgium, 13 June 1979, Series A no. 31

Lindsay v. the United Kingdom, no. 11089/84, Commission decision of 11 November 1986, Decisions and Reports 49

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

Nylund v. Finland (dec.), no. 27110/95, ECHR 1999-VI

Shackell v. the United Kingdom (dec.), no. 45851/99, 27 April 2000

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

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

Emonet and Others v. Switzerland, no. 39051/03, 13 December 2007

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

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

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

Serife Yiğit v. Turkey [GC], no. 3976/05, 2 November 2010

In the case of Gas and Dubois v. France,

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

Dean Spielmann, President,
Jean-Paul Costa,
Karel Jungwiert,
Boštjan M. Zupančič,
Mark Villiger,
Isabelle Berro-Lefèvre,
Ganna Yudkivska, judges,

and Claudia Westerdiek, Section Registrar,

Having deliberated in private on 12 April 2011 and 14 February 2012,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 25951/07) against the French Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by two French nationals, Ms Valérie Gas and Ms Nathalie Dubois ("the applicants"), on 15 June 2007.

2. The applicants were represented by Mr C. Mécary, a lawyer practising in Paris. The French Government ("the Government") were represented by their Agent, Mrs E. Belliard, Director of Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicants alleged, in particular, that they had been discriminated against compared with heterosexual couples since no legal means existed in France allowing same-sex couples to have access to second-parent adoption. Relying on Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8, they alleged that they had been subjected to discriminatory treatment based on their sexual orientation, in breach of their right to respect for their private and family life.

4. By a decision of 31 August 2010, the Court declared the application admissible. On 30 November 2010 the Chamber decided to hold a hearing on the merits of the case.

5. The applicants and the Government each filed further observations on the merits (Rule 59 § 1 of the Rules of Court). In addition, third-party comments were received from the International Federation for Human Rights (FIDH), the International Commission of Jurists (ICJ), the

European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA-Europe), the British Association for Adoption and Fostering (BAAF) and the Network of European LGBT Families Associations (NELFA), which had been given leave by the President to intervene. The parties replied to those comments (Rule 44 § 6). The organisations in question were also given leave to participate in the oral procedure.

6. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 12 April 2011 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

- Ms A.-F. Tissier, Head of the Human Rights Section,
Department of Legal Affairs,
Ministry of Foreign Affairs *Co-Agent,*
- Mr J.-C. Gracia, Secretariat General
of the Ministry of Justice, *Counsel,*
- Ms C. Blanc, Department of Civil Affairs,
Ministry of Justice,
- Ms M.-A. Recher Lambey, Secretariat General
of the Ministry of Justice,
- Ms A. Talbot, Secretariat General
of the Ministry of Justice,
- Ms M. Schultz, Directorate-General for Social Cohesion
attached to the Ministry of Social Affairs and the
Ministry of Solidarity and Social Cohesion,
- Ms J. Spiteri, Financial, Legal and Services Department,
Ministry of Labour, Employment and Health,
- Ms E. Topin, Department of Legal Affairs,
Ministry of Foreign and European Affairs, *Advisers;*

(b) *for the applicants*

- Mr C. Mécary, lawyer, *Counsel,*
- Mr Y. Streiff, lawyer, *Adviser;*
- Mr T. Bouzenoune,

(c) *for the third-party interveners*

- Prof. R. Wintemute, Professor of Human Rights,
King's College London, *Adviser.*

7. The Court heard addresses by Mr Mécary, Ms Tissier and Professor Wintemute, and also Mr Mécary's and Ms Tissier's replies to judges' questions.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

8. The applicants were born in 1961 and 1965 respectively and live in Clamart.

9. Ms Valérie Gas ("the first applicant") has cohabited since 1989 with Ms Nathalie Dubois ("the second applicant"). The latter gave birth in France on 21 September 2000 to a daughter, A., conceived in Belgium via anonymous donor insemination. A. does not have an established legal tie to her father, who acted as an anonymous donor in accordance with Belgian law. The child has lived all her life in the applicants' shared home. On 22 September 2000 her name was entered in the register of births, deaths and marriages held at Clamart town hall. She was formally recognised by her mother on 9 October 2000.

10. The two applicants subsequently entered into a civil partnership agreement which was registered on 15 April 2002 with the registry of the Vanves District Court.

11. On 3 March 2006 the first applicant applied to the Nanterre *tribunal de grande instance* for a simple-adoption order in respect of her partner's daughter, after her partner had given her express consent before a notary.

12. On 12 April 2006 the public prosecutor lodged an objection against the first applicant's application, on the basis of Article 365 of the Civil Code (see paragraph 19 below).

13. In a judgment of 4 July 2006, the *tribunal de grande instance* observed that the statutory conditions for adoption were met and that it had been demonstrated that the applicants were actively and jointly involved in the child's upbringing, providing her with care and affection. However, the court rejected the application on the grounds that the requested adoption would have legal implications running counter to the applicants' intentions and the child's interests, by transferring parental responsibility to the adoptive parent and thus depriving the birth mother of her own rights in relation to the child.

14. The first applicant appealed against that decision and the second applicant intervened in the proceedings on her own initiative.

Before the Versailles Court of Appeal the applicants reaffirmed their wish, by means of the adoption, to provide a stable legal framework for the child which reflected her social reality. They argued that the loss of parental responsibility on the part of the child's mother could be remedied by means of a complete or partial delegation of parental responsibility, and submitted that other European countries permitted adoptions which created legal ties with a same-sex partner.

15. In a judgment of 21 December 2006, the Court of Appeal upheld the refusal of the application.

Like the first-instance court, the Court of Appeal noted that the statutory conditions for the adoption had been met and that it had been established that the first applicant was active in ensuring the child's emotional and material well-being. It nevertheless upheld the finding that the legal consequences of such adoption would not be in the child's interests, since the applicants would be unable to share parental responsibility as permitted by Article 365 of the Civil Code in the event of adoption by the spouse of the child's mother or father, and the adoption would therefore deprive Ms Dubois of all rights in relation to her child. The court further considered that simply delegating the exercise of parental responsibility at a later date would not suffice to eliminate the risks to the child resulting from her mother's loss of parental responsibility. Accordingly, in the court's view, the application merely accorded with the applicants' wish to have their joint parenting of the child recognised and legitimised.

16. On 21 February 2007 the applicants lodged an appeal on points of law, but did not pursue the proceedings before the Court of Cassation to their conclusion. On 20 September 2007 the President of the Court of Cassation issued an order declaring the right to appeal on points of law to be forfeit.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. Adoption

17. There are two types of adoption in French law: full adoption and simple adoption.

1. *Full adoption*

18. A full-adoption order can be made only while the child is still a minor and may be requested by a married couple or by one person. It creates a legal

parent-child relationship which takes the place of the original relationship (if such existed). The child takes on the adoptive parent's surname. A new birth certificate is drawn up and the adoption is irrevocable (Articles 355 et seq. of the Civil Code).

2. Simple adoption

19. A simple-adoption order, by contrast, does not sever the ties between the child and his or her original family, but creates an additional legal parent-child relationship (Articles 360 et seq. of the Civil Code). The order can be made irrespective of the age of the person being adopted, including when he or she has reached the age of majority. The adoptive parent's surname is added to that of the adoptee. The latter retains some inheritance rights in his or her family of origin and acquires rights *vis-à-vis* the adoptive parent. Simple adoption gives rise to reciprocal obligations between adopter and adoptee, in particular a maintenance requirement. The biological parents are required to support the adopted person financially only if the adoptive parent is unable to do so.

Where the adoptee is a minor, simple adoption results in all the rights associated with parental responsibility being removed from the child's father or mother in favour of the adoptive parent. The legislation provides for one exception to this rule, namely where an individual adopts the child of his or her spouse. In this case, the husband and wife share parental responsibility. Hence:

Article 365 of the Civil Code

"All rights associated with parental responsibility shall be vested in the adoptive parent alone, including the right to consent to the marriage of the adoptee, unless the adoptive parent is married to the adoptee's mother or father. In this case, the adoptive parent and his or her spouse shall have joint parental responsibility, but the spouse shall continue to exercise it alone unless the couple make a joint declaration before the senior registrar of the tribunal de grande instance to the effect that parental responsibility is to be exercised jointly. ..."

Unlike a full-adoption order, a simple-adoption order may be revoked at the request of the adoptive parent, the adoptee or, where the latter is a minor, the public prosecutor.

Simple adoption is largely aimed, where minors are concerned, at compensating for the failings of the biological parent or parents. In practice, most cases of full adoption are overseas adoptions, while the great majority of simple-adoption orders granted within families concern persons having reached the age of majority, and are often inheritance-related.

B. Parental responsibility

20. Parental responsibility is defined as the complete set of parents' rights and responsibilities towards their minor children. It is aimed at protecting children's "health, safety and morals, in order to ensure their education and development" (Article 371-1 of the Civil Code). In principle, once parentage has been established, the parents of a minor child automatically have parental responsibility, which can only be withdrawn on serious grounds. Parental responsibility ends when the child reaches the age of majority, normally at 18. A distinction is made between parental responsibility and the exercise of parental responsibility; the latter may be entrusted to just one parent for reasons relating to the child's best interests. The parent not exercising parental responsibility retains the right and the obligation to oversee the maintenance and upbringing of his or her children. He or she must be informed of important decisions concerning them and may not be deprived of contact rights and the right to overnight visits without compelling reasons.

21. It is possible to delegate parental responsibility to a third party (Articles 376 et seq. of the Civil Code). Since the enactment of the Law of 4 March 2002 on parental responsibility, Article 377 of the Civil Code, which governs the "standard" delegation of parental responsibility, provides that, where the circumstances so require, one or both parents may apply to the family judge to have the exercise of parental responsibility delegated to a third party (an individual, an approved institution or the child welfare services for the *département* concerned). The delegation of responsibility is not permanent and does not encompass the right to consent to adoption. In this context, parental responsibility may be transferred in whole or in part: parental responsibility continues to be vested in the parents, but its exercise is handed over to the third party.

22. Within the standard delegation procedure, the Law of 4 March 2002 introduced a more flexible delegation option based on the sharing of parental responsibility (Article 377-1 of the Civil Code). The order delegating parental responsibility may stipulate, "in the interests of the child's upbringing", that one or both parents are to share the exercise of their parental responsibility in whole or in part with the third party, thus retaining shared responsibility. This measure makes it possible to regulate the relationship between the child, the separated couple and the third parties, whether they be grandparents, step-parents or live-in partners. Each parent retains parental responsibility and continues to exercise it. The delegation of responsibility does not entail any change of surname or the establishment

of a legal parent-child relationship; it is temporary and ceases to have effect once the child reaches the age of majority.

C. Marriage and civil partnerships

23. In France, marriage is not available to same-sex couples (Article 144 of the Civil Code). This principle was reaffirmed by the Court of Cassation, which, in a judgment delivered on 13 March 2007, reiterated that “in French law, marriage is a union between a man and a woman”.

24. A civil partnership is defined by Article 515-1 of the Civil Code as “a contract entered into by two individuals of full age, of opposite sex or of the same sex, for the purposes of organising their life together”. Civil partnerships entail a number of obligations for those who enter into them, including the obligation to live as a couple and lend each other material and other support.

Civil partnerships also confer certain rights on the parties, which increased with the entry into force on 1 January 2007 of the Law of 23 June 2006 on the reform of the arrangements concerning inheritance and gifts. Hence, the partners constitute a single household for tax purposes; they are also treated in the same way as married couples for the purposes of exercising certain rights, particularly in relation to health and maternity insurance and life assurance. Some effects deriving from marriage remain inapplicable to civil partnerships. Among other things, the legislation does not give rise to any kinship or inheritance ties between the partners. In particular, the dissolution of the partnership does not entail judicial divorce proceedings but simply involves a joint declaration by both partners or a unilateral decision by one partner which is served on the other (Article 515-7 of the Civil Code). Furthermore, civil partnerships have no implications as regards the provisions of the Civil Code concerning legal adoptive relationships and parental responsibility.

D. Assisted reproduction

25. Assisted reproduction, which refers to the techniques allowing *in vitro* fertilisation, embryo transfer and artificial insemination, is governed by Articles L. 2141-1 et seq. of the Public Health Code. Under Article L. 2141-2 of the Code, assisted reproduction techniques are authorised in France for therapeutic purposes only, with a view to “remedying clinically diagnosed infertility” or “preventing transmission to the child or partner of a particularly serious disease”. They are available to opposite-sex couples of reproductive age who are married or show proof of cohabiting.

26. In these circumstances, Article 311-20 of the Civil Code provides for legal recognition of paternity for the second parent in the following terms:

“Married or cohabiting couples who, in order to conceive, have recourse to medical assistance involving a third-party donor shall give their prior consent, in a manner that ensures confidentiality, before the judge or notary, who shall inform them of the implications of this act as regards the legal parent-child relationship.

...

Any man who, having given his consent to assisted reproduction, does not recognise the child born as a result shall incur liability vis-à-vis the mother and the child.

A judicial declaration of paternity shall also be issued in his regard. The action shall be brought in conformity with the provisions of Articles 328 and 331.”

E. Case-law

1. Refusal of applications for simple adoption of the minor child of an individual's civil partner

27. The Court of Cassation has issued several rulings on this subject. The first two judgments, delivered on 20 February 2007, concerned cases involving lesbian couples living in a civil partnership and raising children whose sole legal parent was their mother, as their paternity had not been legally established. In both cases the mother's partner had applied for a simple-adoption order in respect of the children, with the consent of their mother. One of the applications was granted by the Bourges Court of Appeal on the ground, in particular, that “the adoption [was] in the child's interests”, while the other was rejected by the Paris Court of Appeal. Referring to Article 365 of the Civil Code, the First Civil Division of the Court of Cassation quashed the first Court of Appeal judgment and declared it null and void, in the following terms:

“The adoption resulted in parental responsibility for the child being transferred, and in the biological mother, who planned to continue raising the child, being deprived of her rights. Accordingly, although Ms Y had consented to the adoption, the Court of Appeal, in granting the application, acted in breach of the above-mentioned provision;”

It upheld the second Court of Appeal judgment as follows:

“However, the Court of Appeal correctly observed that Ms Y ..., the children's mother, would lose parental responsibility in relation to the children were they to be adopted by Ms X, although the couple were cohabiting. It noted that a delegation of parental responsibility could be requested only if the circumstances so required, which had been neither established nor alleged, and that in the present case the delegation or sharing of parental responsibility would, in the context of an adoption, be contradictory since the

adoption of a minor was designed to attribute exclusive parental responsibility to the adoptive parent. Accordingly, the Court of Appeal, which, despite the allegations to the contrary, examined the issue, gave lawful grounds for its decision.” (Two judgments of the First Civil Division, Court of Cassation, 20 February 2007, judgments nos. 224 and 221, Bulletin Civil 2007 I, nos. 70 and 71).

The Court of Cassation subsequently reaffirmed this approach:

“Firstly, the child’s (father or) mother would be deprived of parental responsibility in the event of the child’s adoption, despite being perfectly fit to exercise that responsibility and having given no indication of wishing to reject it. Secondly, Article 365 of the Civil Code provides for the sharing of parental responsibility only in the event of adoption of the spouse’s child; as the French legislation stands, spouses are persons joined by the bonds of marriage. Accordingly, the Court of Appeal, which did not rule in breach of any of the provisions of the European Convention on Human Rights, gave lawful grounds for its decision.” (First Civil Division, Court of Cassation, 19 December 2007, Bulletin Civil 2007 I, no. 392; see also, to similar effect, the judgment of the First Civil Division, Court of Cassation, of 6 February 2008, unpublished, on appeal no. 07-12948 and First Civil Division, Court of Cassation, 9 March 2011).

28. The first two judgments, delivered on 20 February 2007, were published in the Court of Cassation Information Bulletin, on the Internet and in the Court of Cassation’s annual report.

2. Delegation of parental responsibility

29. In a first leading judgment (Court of Cassation, First Civil Division, 24 February 2006, published in the Bulletin), the Court of Cassation granted an application by a same-sex couple living in a civil partnership who sought to take advantage of this option. The court ruled that Article 377-1 of the Civil Code “[did] not prevent a mother with sole parental responsibility from delegating the exercise of that responsibility in whole or in part to the woman with whom she live[d] in a stable and lasting relationship, where the circumstances so require[d] and the measure [was] compatible with the child’s best interests”. The Court of Cassation subsequently tightened up the conditions to be met for the granting of an application to delegate parental responsibility (Court of Cassation, First Civil Division, 8 July 2010, published in the Bulletin). While the conditions laid down remain the same (the circumstances have to require such a measure and it has to be compatible with the child’s best interests), the Court of Cassation now requires applicants to demonstrate that the measure would improve the lives of the children concerned and is essential. This restrictive approach is now applied by the courts hearing such cases on the merits (Paris *tribunal de grande instance*, 5 November 2010).

3. Constitutional Council decision of 6 October 2010

30. In a case concerning facts similar to those in the present case, the applicants alleged a breach of the constitutional principle of equality and requested the Court of Cassation to transmit a request for a preliminary ruling on constitutionality to the Constitutional Council. The Court of Cassation granted the request.

31. In a decision of 6 October 2010, the Constitutional Council held that it was not its task to rule on the constitutionality of the impugned statutory provisions in the abstract, but rather in the light of the Court of Cassation's consistent interpretation. In the case under consideration, the constitutionality of Article 365 of the Civil Code therefore had to be assessed in the light of the fact that the latter had the effect of prohibiting in principle the adoption of a child by the individual's partner or cohabitant, as ruled by the Court of Cassation on 20 February 2007.

The Constitutional Council began by pointing out that the provisions of Article 365 did not hinder couples from cohabiting or entering into a civil partnership, any more than it prevented the biological parent from involving his or her partner or cohabitant in the child's upbringing. However, the Constitutional Council ruled that the right to family life as guaranteed by the Constitution did not confer a right to establish a legal adoptive relationship between the child and his or her parent's partner.

The Constitutional Council went on to observe that the legislature had deliberately chosen to confine the option of simple adoption to married couples and that it was not its place to substitute its own assessment for that of the legislature.

III. COUNCIL OF EUROPE TEXTS AND MATERIALS

A. European Convention on the Adoption of Children (revised)

32. This Convention was opened for signature on 27 November 2008 and came into force on 1 September 2011. It has not been signed or ratified by France. Its relevant provisions read as follows.

Article 7 Conditions for adoption

“1. The law shall permit a child to be adopted:

- (a) by two persons of different sex
 - (i) who are married to each other, or
 - (ii) where such an institution exists, have entered into a registered partnership together;

(b) by one person.

2. States are free to extend the scope of this Convention to same-sex couples who are married to each other or who have entered into a registered partnership together. They are also free to extend the scope of this Convention to different-sex couples and same-sex couples who are living together in a stable relationship.

..."

Article 11

Effects of an adoption

"1. Upon adoption a child shall become a full member of the family of the adopter(s) and shall have in regard to the adopter(s) and his, her or their family the same rights and obligations as a child of the adopter(s) whose parentage is legally established. The adopter(s) shall have parental responsibility for the child. The adoption shall terminate the legal relationship between the child and his or her father, mother and family of origin.

2. Nevertheless, the spouse or partner, whether registered or not, of the adopter shall retain his or her rights and obligations in respect of the adopted child if the latter is his or her child, unless the law otherwise provides.

..."

4. States Parties may make provision for other forms of adoption having more limited effects than those stated in the preceding paragraphs of this Article."

B. Committee of Ministers' Recommendation

33. Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member States on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, adopted on 31 March 2010, recommends, *inter alia*, to member States:

"..."

24. Where national legislation recognises registered same-sex partnerships, member states should seek to ensure that their legal status and their rights and obligations are equivalent to those of heterosexual couples in a comparable situation.

25. Where national legislation does not recognise nor confer rights or obligations on registered same-sex partnerships and unmarried couples, member States are invited to consider the possibility of providing, without discrimination of any kind, including against different-sex couples, same-sex couples with legal or other means to address the practical problems related to the social reality in which they live."

THE LAW

34. The applicants alleged that they had been subjected to discriminatory treatment based on their sexual orientation, in breach of their right to respect for their private and family life. They relied on Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8. These two Articles provide:

Article 8

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

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

Article 14

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

I. THE GOVERNMENT’S PRELIMINARY OBJECTION

35. As their main submission, the Government reiterated that Article 8 of the Convention was not applicable in the present case. Echoing the arguments already put forward during examination of the admissibility of the application, the Government referred to the Court’s case-law according to which the existence or otherwise of family life, which was not confined to the legal framework of marriage, had to be assessed in each case. However, the Government stressed that, according to the Court’s settled case-law, Article 8 did not guarantee any right to adoption or to the creation of a legal tie between an adult and a child who lived in the same family, still less a right to have a child. Since the Convention did not cover a right to adopt, the Government submitted that the applicants could not claim discrimination in the enjoyment of such a right, as Article 14 had no independent existence.

36. The applicants referred to the arguments put forward during examination of the admissibility of the case.

37. The Court notes that the applicants based their arguments on Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 and that the latter does not guarantee either the right to found a family or the right to adopt (see *E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, § 41, 22 January 2008). This was not disputed by the parties. Nevertheless, the Court cannot but observe

that examination of the applicants' specific case leads to the conclusion that they have a "family life" within the meaning of Article 8 of the Convention. Furthermore, sexual orientation falls within the personal sphere protected by Article 8. It follows that the facts of the case come "within the ambit" of at least one Article of the Convention, which may be taken in conjunction with Article 14, on which the applicants rely in the present case.

38. The Court refers in that regard to its decision of 31 August 2010 on the admissibility of the application, in which it found that Article 14 taken in conjunction with Article 8 was applicable in the present case.

39. The Court must therefore dismiss the Government's preliminary objection and will proceed to examine the merits of the complaint.

II. MERITS

A. The parties' submissions

1. *The applicants*

40. The applicants complained of the refusal of the first applicant's application to adopt her partner's daughter. They alleged that the reason given for that refusal, namely the legal consequences of such adoption, which would deprive the child's mother of parental responsibility, definitively ruled out adoption only for same-sex couples, who – unlike opposite-sex couples – could not marry and thereby take advantage of the provisions of Article 365 of the Civil Code. They submitted that the refusal to grant the first applicant a simple-adoption order in respect of A. for reasons of principle had infringed their right to respect for their private and family life, in a discriminatory manner.

41. The applicants pointed out that A. had been conceived in Belgium via anonymous donor insemination. Although she had been raised from birth by both women, for legal purposes she had only one parent, namely the second applicant. The latter had passed on her surname to A., exercised sole parental responsibility and would leave her property to A. on her death. By contrast, from a legal viewpoint the first applicant had no obligations or rights *vis-à-vis* the child. The applicants explained that they had sought to remedy that situation by applying for a simple-adoption order, which would have created a legal parent-child relationship in addition to the original relationship. A. would thus have had two parents in the eyes of the law, with the legal certainty that entailed. This had been refused them by the domestic courts.

42. The applicants therefore claimed that they had been subjected to discrimination based on their sexual orientation, since the French authorities prohibited same-sex couples, but not married couples, from obtaining a simple-adoption order. They pointed out that same-sex marriage was still prohibited in France, as indicated by the Court of Cassation in a judgment of 13 March 2007.

This discriminatory difference in treatment also applied between same-sex couples who cohabited or had entered into a civil partnership and heterosexual couples in the same situation, since the latter could circumvent the strict requirements of Article 365 of the Civil Code by marrying, an option that was not available to same-sex couples. The applicants stressed that they were not seeking access to marriage in the instant case, but emphasised that the provisions of the Civil Code merely appeared to be neutral but in fact gave rise to indirect discrimination.

43. At the hearing, to illustrate their remarks, the applicants compared the situation of A. with that of another child, A.D. The latter had been conceived via anonymous donor insemination by a woman cohabiting with a man, Mr D. Although A.'s situation was in all respects comparable to A.D.'s, their legal status differed, since by virtue of Article 311-20 of the Civil Code Mr D. had become the child's legal father without even having to apply for a simple-adoption order (see paragraph 26 above). Hence, whether in relation to everyday life (school enrolment and monitoring of the child's progress in school) or more serious circumstances (a road traffic accident), A. could be accompanied only by her mother, whereas A.D. could be taken care of by Mr D. Moreover, in the event of the death of the child's birth mother, A. would become an orphan and could be placed in the care of a guardian or a foster family, whereas custody of A.D. would be entrusted to her legal father. The applicants inferred from this that the French legislation concerning simple adoption and anonymous donor insemination prevented the creation of a legal adoptive relationship between A. and the first applicant, which would have been possible had the latter been a man. While the applicants stressed that they did not wish to call into question the provisions of French law concerning access to anonymous donor insemination, they maintained that there was a difference in treatment under the law depending on whether a couple raising children was made up of two women cohabiting or in a civil partnership or of a woman and a man in the same situation.

44. As a further example the applicants referred to the scenario in which Mr D. died and A.D.'s mother met another man, Mr N., and decided to set up home with him or marry him. Mr N. could apply for a simple-adoption

order in respect of A.D., whereas the first applicant could not do the same in relation to A.

45. Two women who cohabited or had entered into a civil partnership, who could not marry, were therefore treated differently from a man and a woman who, if they married, could obtain permission for the mother's husband to adopt the child under a simple-adoption order, with automatic sharing of parental responsibility.

46. In the applicants' view, this difference in treatment did not pursue any legitimate aim. In any event, the child's best interests required that he or she should have the legal protection of two parents rather than just one. Furthermore, according to the applicants, the delegation of parental responsibility on a shared basis (which they had not requested before the domestic courts) would not suffice. This related only to parental responsibility, was temporary and, as from 8 July 2010, had not been readily granted by the national courts (see paragraph 29 above). They stressed that a simple-adoption order, rather than delegation of parental responsibility on a shared basis, provided the best guarantee of the child's interests.

47. The applicants concluded that the refusal of the application for a simple-adoption order amounted to both direct and indirect discrimination based on sexual orientation, in breach of the Convention. In their view, the French government should propose amendments to the legislation to put an end to that discrimination.

2. The Government

48. The Government first provided a recap of the rules concerning adoption and delegation of parental authority in French law, and the background to them (see paragraphs 17-22 above). As to the present case, the Government had observed at the hearing that the applicants had not applied for the delegation of parental responsibility on a shared basis, although this could be justified in the circumstances (for instance, if the second applicant were to take a trip away from home).

49. Next, the Government submitted that Article 365 of the Civil Code did not give rise to any objective discrimination, since it applied in identical fashion to all unmarried couples, regardless of the composition of the couple. The sole exception provided for by the Article in question, applicable to an individual's spouse, had been introduced by the legislature with a view to safeguarding the child's interests. In the Government's submission, marriage remained an institution which ensured greater stability within couples than other types of union. Moreover, in the case of the break-up of a marriage, the family judge automatically became involved. Civil partnerships, on the other hand, afforded greater leeway with regard to entering into them and

terminating them, and did not have any implications in terms of family law or the legal relationship between parents and children. In view of these considerations, the legislature had therefore sought to restrict the possibility of obtaining a simple-adoption order, in order to provide a stable framework for children's care and upbringing.

50. The Government also rejected the applicants' argument that discrimination arose indirectly or as a knock-on effect from the fact that marriage in France was available only to heterosexual couples. They observed that, according to the Court's case-law, family life could exist outside the confines of marriage, just as it could exist without legal ties of parentage.

51. In any event, even if the Court were to find that there was a difference in treatment, the Government were of the view that it was justified and did not amount to discrimination, whether the applicants' situation was compared with that of a married couple or with that of a heterosexual couple living in a civil partnership or cohabiting.

52. At the hearing the Government stressed in particular that French law on the legal relationship between parents and children was based entirely on the model of sexual difference. In view of this approach, which was a choice made by society, the Government took the view that allowing a child to have ties of parentage with two women or two men was a fundamental reform which could only be undertaken by Parliament. The issue therefore had to be dealt with as a whole in the course of a democratic debate and not through tangential issues such as the sharing of parental responsibility in the context of simple adoption.

3. The third-party interveners

53. The International Federation for Human Rights (FIDH), the International Commission of Jurists (ICJ), the European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA-Europe), the British Association for Adoption and Fostering (BAAF) and the Network of European LGBT Families Associations (NELFA) submitted a joint intervention to the Court.

54. The organisations in question began by pointing out that there were three distinct situations in which lesbian or gay individuals adopted children: firstly, an unmarried individual might seek to adopt, in a member State where this was permitted (even just as an exception), on the understanding that any partner he or she might have would have no parental rights (individual adoption); secondly, one member of a same-sex couple might seek to adopt the child of the other partner, such that both partners had parental rights *vis-à-vis* the child (second-parent adoption); finally, both members of a same-sex couple might seek jointly to adopt a child with no

connection with either of them, such that both partners simultaneously acquired parental rights *vis-à-vis* the child (joint adoption). In *E.B. v. France* (cited above), the Court had ruled in favour of equal access to individual adoption for all persons, regardless of their sexual orientation. The instant case concerned second-parent adoption.

55. In 2011, ten out of the forty-seven Council of Europe member States allowed second-parent adoption, and other countries were considering amending their legislation to permit it. According to the third-party interveners, there therefore appeared to be a growing consensus that, where a child was being raised within a stable same-sex couple, legal recognition of the second parent's status promoted the child's welfare and the protection of his or her best interests.

56. Other countries displayed similar trends in the legislation and case-law. Second-parent adoption was possible for same-sex couples in thirteen Canadian provinces, in at least sixteen of the fifty States of the United States of America and in other countries such as Brazil, Uruguay, New Zealand and some parts of Australia.

57. Referring to the United Nations Convention on the Rights of the Child and the relevant case-law of the Court and of certain national courts (such as the United Kingdom's House of Lords and the South African Constitutional Court), the third-party interveners requested the Court to adopt the same approach, which in their view gave priority to the protection of the child's interests.

B. The Court's assessment

1. General principles

58. The Court has established in its case-law that in order for an issue to arise under Article 14 there must be a difference in the treatment of persons in relevantly similar situations. Such a difference in treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification; in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised. The Contracting State enjoys a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment (see *Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, § 60, ECHR 2008), including a different treatment in law (see *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 38, Series A no. 31).

59. On the one hand the Court has held repeatedly that, just like differences based on sex, differences based on sexual orientation require

particularly serious reasons by way of justification (see *Karner v. Austria*, no. 40016/98, § 37, ECHR 2003-IX; *L. and V. v. Austria*, nos. 39392/98 and 39829/98, § 45, ECHR 2003-I; *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, § 90, ECHR 1999-VI; and *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, §§ 96-97, ECHR 2010).

60. On the other hand, the margin of appreciation enjoyed by States in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment is usually wide when it comes to general measures of economic or social strategy (see, for example, *Schalk and Kopf*, cited above, § 97).

2. Application of these principles to the present case

61. The Court notes at the outset that the present case is to be distinguished from the case of *E.B. v. France*, cited above. The latter concerned the handling of an application for authorisation to adopt made by a single homosexual person. In that case, the Court pointed out that French law allowed single persons to adopt a child, thereby opening up the possibility of adoption by a single homosexual. Against the background of the domestic legal provisions, it considered that the reasons put forward by the Government could not be regarded as particularly convincing and weighty such as to justify refusing to grant the applicant authorisation. The reasons for rejecting her application had therefore related to her personal situation and were found by the Court to be discriminatory (*ibid.*, § 94).

62. The Court notes that the position is different in the present case, in which the applicants complained of the refusal to grant a simple-adoption order in respect of A. In giving reasons for their decision, the national courts found that, since a simple-adoption order would result in the rights associated with parental responsibility being transferred to the adoptive parent, it was not in the child's best interests, given that the birth mother intended to continue raising the child. In so ruling, the courts applied the provisions of Article 365 of the Civil Code governing the exercise of parental responsibility in the event of simple adoption. As the applicants were not married, they were not covered by the sole exception provided for by that provision.

63. With regard to anonymous donor insemination as provided for in French law, the Court notes that the applicants, without wishing to call into question the conditions in which this is made available, criticised the legal consequences and alleged an unjustified difference in treatment (see paragraph 43 *in fine* above). The Court observes at the outset that the applicants did not challenge the legislation in question before the national courts. Above all, it notes that while French law provides that anonymous

donor insemination is available only to heterosexual couples it also states that it is to be made available for therapeutic purposes only, with a view in particular to remedying clinically diagnosed infertility or preventing the transmission of a particularly serious disease (see paragraphs 25-26 above). Hence, broadly speaking, anonymous donor insemination in France is confined to infertile heterosexual couples, a situation which is not comparable to that of the applicants. In the Court's view, therefore, the applicants cannot be said to be the victims of a difference in treatment arising out of the French legislation in this regard. The Court further notes that the legislation in question does not allow the creation of the legal adoptive relationship sought by the applicants.

64. The applicants maintained that the French courts' refusal to grant the first applicant a simple-adoption order in respect of A. infringed their right to respect for their private and family life in a discriminatory manner. They alleged that, as a same-sex couple, they had been subjected to an unjustified difference in treatment compared with heterosexual couples, whether married or not.

65. The Court considers it necessary firstly to examine the applicants' legal situation compared with that of married couples. It notes that Article 365 of the Civil Code provides for the sharing of parental responsibility in cases where the adoptive parent is the spouse of the biological parent. The applicants cannot avail themselves of this possibility since they are prohibited under French law from marrying.

66. The Court observes at the outset that it has already ruled, in examining the case of *Schalk and Kopf*, cited above, that Article 12 of the Convention does not impose an obligation on the governments of the Contracting States to grant same-sex couples access to marriage (*ibid.*, §§ 49-64). Nor can a right to same-sex marriage be derived from Article 14 taken in conjunction with Article 8 (*ibid.*, § 101). The Court has further held that, where a State chooses to provide same-sex couples with an alternative means of recognition, it enjoys a certain margin of appreciation as regards the exact status conferred (*ibid.*, § 108).

67. The Court notes that in the instant case the applicants stated that they were not seeking access to marriage but alleged that, since their situation was relevantly similar to that of married couples, they had been subjected to a discriminatory difference in treatment.

68. The Court is not persuaded by this argument. It points out, as it has already held, that marriage confers a special status on those who enter into it. The exercise of the right to marry is protected by Article 12 of the Convention and gives rise to social, personal and legal consequences (see *Burden*, cited above, § 63, and *Shackell v. the United Kingdom* (dec.), no. 45851/99,

27 April 2000; see also *Nylund v. Finland* (dec.), no. 27110/95, ECHR 1999-VI; *Lindsay v. the United Kingdom*, no. 11089/84, Commission decision of 11 November 1986, Decisions and Reports 49; and *Şerife Yiğit v. Turkey* [GC], no. 3976/05, 2 November 2010). Accordingly, the Court considers that, for the purposes of second-parent adoption, the applicants' legal situation cannot be said to be comparable to that of a married couple.

69. Next, turning to the second part of the applicants' complaint, the Court must examine their situation compared with that of an unmarried heterosexual couple. The latter may, like the applicants, have entered into a civil partnership or may be cohabiting. In essence, the Court notes that any couple in a comparable legal situation by virtue of having entered into a civil partnership would likewise have their application for a simple-adoption order refused (see paragraphs 19, 24 and 31 above). It does not therefore observe any difference in treatment based on the applicants' sexual orientation.

70. It is true that the applicants also alleged indirect discrimination based on the fact that it was impossible for them to marry, whereas heterosexual couples could circumvent Article 365 of the Civil Code by that means.

71. However, in that connection the Court can only refer to its previous findings (see paragraphs 66-68 above).

72. Lastly, in the alternative, the Court observes that it has previously acknowledged that the logic behind this approach to adoption, which entails the severing of the existing parental tie between the adopted person and his or her biological parent, is valid for minors (see, *mutatis mutandis*, *Emonet and Others v. Switzerland*, no. 39051/03, § 80, 13 December 2007). It considers that, in view of the background to and purpose of Article 365 of the Civil Code (see paragraph 19 above), which governs the exercise of parental responsibility in the event of simple adoption, there is no justification, on the sole basis of a challenge to the application of that provision, for authorising the creation of a dual legal parent-child relationship with A.

73. Accordingly, the Court concludes that there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Dismisses* unanimously the Government's preliminary objection;
2. *Holds* by six votes to one that there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

Done in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 15 March 2012.

Claudia Westerdiek
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 Costa, joined by Judge Spielmann;
- (b) Concurring opinion of Judge Spielmann, joined by Judge Berro-Lefèvre;
- (c) Dissenting opinion of Judge Villiger.

D.S.
C.W.

CONCURRING OPINION OF JUDGE COSTA JOINED BY JUDGE SPIELMANN

(*Translation*)

I voted in favour of finding no violation of Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 8. I would like to express some reservations regarding this outcome and make a few remarks on the possible follow-up to this case, in particular on the part of the respondent State, France.

The facts are straightforward. Ms Gas and Ms Dubois, the first and second applicants, live together as a couple. They first cohabited and then entered into a civil partnership. The second applicant gave birth to a daughter, conceived by means of anonymous donor insemination, and formally recognised her. Her partner, the first applicant, subsequently applied to adopt the child, with the second applicant's express consent. The domestic courts rejected the application on the grounds that, while Article 365 of the Civil Code did not *per se* prohibit adoption in such cases, it would have had the effect of depriving the second applicant of parental responsibility by transferring it to the first applicant. Article 365 provides for only one exception to this rule, namely where the adoptive parent is the spouse of the biological parent. Ms Gas is not married to Ms Dubois and, as French law currently stands, cannot be married to her since they are of the same sex.

The two applicants therefore argued before our Court that the refusal of the application to adopt had been discriminatory for the purposes of Article 14. The situation resulting from this application of Article 365 – which, in my view, was correctly applied – brings to light certain paradoxes.

First of all, had the applicants been a man and a woman who were not married, they would not have been eligible for this type of adoption either; it is therefore difficult to argue that this was a case of discrimination based on sex, still less that it was homophobic.

Secondly, it is true that the applicants were unable to marry. Admittedly, they argued that they were not claiming a right to marriage for same-sex couples; nevertheless, it is clear that, if the prohibition on same-sex marriage were to be lifted, and the applicants decided to marry rather than remain as civil partners, the objection to the little girl's adoption raised by the French courts would no longer apply. As to the fact that the adoptive parent would be a lesbian, this would not in principle pose an obstacle to the adoption, as held by the Court in *E.B. v. France* ([GC], no. 43546/02, 22 January 2008).

Lastly, the only ground on which discrimination could be established would be that of unequal treatment between two prospective adoptive parents, irrespective of their gender, on the basis that one was the spouse

of the biological and legal parent, and the other was not. However, that is not of direct concern to the applicants in this case. The judgment therefore rightly states, in paragraph 69, that the applicants' complaint, in so far as it relates to their sexual orientation, is unfounded, since the effects of Article 365, in my view, do not differ according to sexual orientation.

I would add, however, that I was a little unsettled by the dissenting opinion of my colleague Judge Villiger. He takes the view, pointing to some important practical aspects, that the situation giving rise to the present case is incompatible with the child's "best interests". It is undisputed that this concept occupies an important position in the United Nations Convention on the Rights of the Child, in particular in Article 3 and, in the specific context of adoption, in Article 21. It is equally clear that the Court's case-law, in a variety of spheres, has for a long time made extensive reference to this criterion (see *Johansen v. Norway*, 7 August 1996, § 77, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III, and numerous judgments since).

But I can only agree with my colleague up to a point. First of all, it is not clear that it would be in the best interests of the child to be adopted by Ms Gas, since this would deprive her mother, Ms Dubois, of parental responsibility. And even if it were to be the case, it is difficult to argue this point without falling into the "fourth instance" trap. Let us not yield to that temptation.

In fact, Judge Villiger's reasoning should be taken to its logical conclusion by ruling that the Convention overrides Article 365 of the Civil Code. This is certainly possible, and was done by the Court in *Mazurek v. France* (no. 34406/97, ECHR 2000-II). But I do not believe that, in a matter such as this, which concerns real societal issues, it is the Court's place to censure the legislature in so drastic a manner (which, it should be pointed out, the Constitutional Council refrained from doing, albeit from the standpoint of the Constitution rather than the Convention: see its decision no. 2010-39 QPC of 6 October 2010).

In reality – and this will be my closing remark – the case-law concedes that there are areas in which the national legislature is better placed than the European Court to bring about change in institutions concerning the family, relations between adults and children, and the concept of marriage. Let me give one example. Same-sex marriage is the subject of democratic debate in several European countries. It was mainly for that reason that the Court opted in a recent judgment to exercise limited supervision over national choices (see *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, ECHR 2010). In my view, the need for consistency in case-law policy calls for an equally restrained approach in the present case, although I find the structure of Article 365 of the Civil Code less than convincing... It is to be hoped,

therefore, that the French legislature will not merely be satisfied with the finding of no violation and will decide, if I may say so, to review this issue.

CONCURRING OPINION OF JUDGE SPIELMANN JOINED BY JUDGE BERRO-LEFÈVRE

(Translation)

I joined Judge Costa in his concurring opinion as I agree with him that the only ground on which “discrimination could be established would be that of unequal treatment between two prospective adoptive parents, irrespective of their gender, on the basis that one was the spouse of the biological and legal parent, and the other was not”.

I am of the view that, contrary to what is asserted in paragraph 68 of the judgment, for the purposes of second-parent adoption the applicants’ legal situation is comparable to that of a married couple.

The reason why I ultimately voted in favour of finding no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 is that, all things duly considered, it does not seem obvious to me that this difference in treatment was contrary to the Convention.

Although the applicants’ daughter can have a legal tie only with her mother, this does not appear to me to stand in the way of a normal family life. In the event of a crisis, the delegation of parental responsibility remains an option “where the circumstances so require” and especially “in the interests of the child”, for instance should the child’s mother be seriously ill or injured. Moreover, in the event of the second applicant’s death, Ms Gas can become A.’s guardian. Lastly, a simple-adoption order remains an option when the child reaches full age.

Above all, and more fundamentally, I consider that this case concerns issues on which no consensus exists in Europe. According to the third-party interveners (reputable non-governmental organisations specialising in this field), in February 2011 second-parent adoption was permitted in ten of the forty-seven States Parties to the Convention (that is to say, in 21.3% of them: Belgium, Denmark, Finland, Germany, Iceland, the Netherlands, Norway, Spain, Sweden and the United Kingdom).

However, the obstacle represented by Article 365 of the Civil Code remains a source of problems, even if it is not contrary *per se* to the Convention. The child’s legal status remains precarious, a situation which cannot be in his or her best interests, as Judge Villiger demonstrates with particular eloquence in his dissenting opinion.

For that reason I echo Judge Costa’s call for the legislature to revisit the issue by bringing the wording of Article 365 of the Civil Code into line with contemporary social reality.

DISSENTING OPINION OF JUDGE VILLIGER

I respectfully disagree with the judgment which concludes that there has been no breach of Article 14 of the Convention taken together with Article 8.

My disagreement lies with the perspective of the judgment which, I believe, fails to identify the relevant elements in order to assess whether the measure was justified. The judgment focuses on the adults, but not on the children who are nevertheless an integral part of the applicants' complaints. In my view, the issue should rather be whether the difference of treatment complained of is justified from the vantage point of the child's best interests. It transpires from the judgment – and was also stated by the applicants at the hearing – that they do not wish to marry. Rather, they wish to adopt the child in order to obtain joint parental custody. This is not possible according to Article 365 of the French Civil Code, as the applicants represent a same-sex couple. On the other hand, such adoption and the ensuing joint parental custody would be possible if the two adults (one of whom had a child) were a heterosexual couple and if they married.

My difficulty lies with the position of the children of the various relationships. The children of a heterosexual couple benefit from joint parental responsibility if the couple are married; those of a same-sex couple do not as, in such a case, adoption is excluded. Therein lies for me the difference of treatment viewed under Article 14 of the Convention taken together with Article 8.

At this stage I should add that I firmly believe – and I consider this undisputed – that joint parental custody is in the best interests of the child. I fail to see a justification for this difference in treatment. In my view, all children should be afforded the same treatment. I cannot see why some children, but not others, should be deprived of their best interests, namely of joint parental custody.

Indeed, how can children help it that they were born of a parent of a same-sex couple rather than of a parent of a heterosexual couple? Why should the child have to suffer for the parents' situation? As the Court stated in *Mazurek v. France* (no. 34406/97, § 54, ECHR 2000-II) in the circumstances of the disadvantaged position of an adulterine child:

“... an adulterine child cannot be blamed for circumstances for which he or she is not responsible. It is an inescapable finding that the applicant was penalised, on account of his status as an adulterine child ...”

To say in the present case that this difference in treatment is justified because marriage has a special status in society does not convince me. This reasoning

may, possibly, be justified from the point of view of the legislator when distinguishing marriage from other forms of cohabitation. But this is not the only point of view as regards the balancing of the various interests under Articles 14 and 8. Indeed, society's views should not even be the main point of view (let alone, as in the present judgment, the only one). Should not the child's position be equally important? Justifying discrimination in respect of the children by pointing out that marriage enjoys a particular status for those adults who engage in it is, in my view, insufficient in this balancing exercise.

In fact, the root of the problem in this case appears to be the blanket prohibition of joint parental custody over children of the parent of a same-sex couple. This is the problem of every legislation which regulates all situations according to one standard. Such blanket legislation immediately raises issues as to proportionality – particularly, I would emphasise, in cases concerning family life.

The Court has been confronted with such blanket legislation under Article 8 of the Convention, *inter alia*, in cases against Germany, where in certain circumstances all fathers were hindered by law from having contact with their children. In those cases, the Court found that the legislation was so rigid that it became disproportionate; rather, it was considered that in the best interests of the child a judge should decide individually in each case (see *Zaunegger v. Germany*, no. 22028/04, 3 December 2009, and *Anayo v. Germany*, no. 20578/07, 21 December 2010).

In the present case, I am not at all proposing that the applicants should be authorised to marry which anyway they do not wish to do. I am also not pronouncing myself on issues of adoption. I am merely highlighting discrimination in respect of the best interests of the child.

In the best interests of a child born into a same-sex relationship, I believe that the child should be offered the best possible treatment afforded to other children born into a heterosexual relationship – which is joint parental custody.

For these reasons, I conclude that in this case only insufficient justification has been made out as regards the discrimination in issue. There has, therefore, been a violation of Article 14 of the Convention taken together with Article 8.

SITAROPOULOS ET GIAKOUUMPOULOS c. GRÈCE
(Requête n° 42202/07)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 15 MARS 2012¹

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

SOMMAIRE¹**Absence d'aménagement législatif des modalités d'exercice du droit de vote aux élections législatives depuis le lieu de résidence des expatriés à l'étranger****Article 3 du Protocole n° 1**

Vote – Libre expression de l'opinion du peuple – Absence d'aménagement législatif des modalités d'exercice du droit de vote aux élections législatives depuis le lieu de résidence des expatriés à l'étranger – Faciliter l'exercice du droit de vote des expatriés – Absence d'obligation s'imposant aux Etats – Absence de consensus européen quant aux modalités d'exercice de ce droit – Vaste marge d'appréciation – Disposition constitutionnelle existante depuis trente-cinq ans ayant un caractère facultatif – Echec des tentatives législatives de mise en œuvre faute d'accord politique – Similitude d'intérêt entre les expatriés et les résidents sans remise en cause du bien-fondé de la situation – Ediction de règles générales ne pouvant prendre en compte chaque cas individuel – Perturbations d'ordre financier, familial et professionnel non disproportionnées en l'espèce

*

* *

Les requérants sont deux ressortissants grecs, fonctionnaires au Conseil de l'Europe et résidents permanents à Strasbourg. Par une lettre du 10 septembre 2007 adressée à l'ambassadeur de Grèce en France, ils exprimèrent leur souhait d'exercer leur droit de vote en France lors des élections législatives fixées au 16 septembre 2007. Deux jours après, l'ambassadeur leur répondit que leur demande ne pourrait pas être satisfaite en raison de l'absence de réglementation relative aux modalités d'exercice du droit de vote par les électeurs se trouvant en dehors du territoire national. Le 16 septembre 2007, les élections générales eurent lieu, sans que les requérants, qui ne se rendirent pas en Grèce, n'aient exercé leur droit de vote.

Article 3 du Protocole n° 1 : les requérants se plaignent de ce que le législateur grec n'a pas aménagé la possibilité pour les citoyens expatriés de voter aux élections législatives depuis leur lieu actuel de résidence. En effet, une disposition constitutionnelle garantit depuis trente-cinq ans l'organisation de modalités pratiques de vote pour les expatriés sans concrétisation de ce droit. La Cour doit dès lors examiner si, malgré l'absence de réglementation des modalités d'exercice dudit droit, le régime électoral permet «la libre expression de l'opinion du peuple» et préserve «l'essence même du droit de vote». Autrement dit si l'article 3 du Protocole n° 1 met à la

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

charge des Etats l'obligation d'instaurer un système permettant l'exercice du droit de vote à l'étranger pour les citoyens expatriés.

En premier lieu, ni les traités internationaux et régionaux pertinents ni leur interprétation par les organes internationaux compétents ne permettent de conclure que le droit de vote des absents à titre temporaire ou permanent du territoire de l'Etat dont ils sont les ressortissants irait jusqu'à imposer aux Etats concernés d'organiser les modalités de son exercice à l'étranger. Certes, les organes du Conseil de l'Europe ont, à maintes reprises, invité les Etats membres à permettre à leurs ressortissants expatriés de participer autant que possible au processus électoral. Toutefois, comme la Commission de Venise l'a indiqué, faciliter l'exercice du droit de vote des expatriés est en tout cas souhaitable mais ne représente pas une obligation s'imposant aux Etats, il s'agit plutôt d'une possibilité à envisager par le législateur de chaque pays.

En deuxième lieu, une étude comparative de la législation des Etats membres du Conseil de l'Europe montre qu'il ne peut pas être soutenu que, en l'état actuel du droit, lesdits Etats ont l'obligation de rendre possible l'exercice du droit de vote par les citoyens résidant à l'étranger. Si, dans leur grande majorité, les Etats contractants autorisent leurs ressortissants à voter à l'étranger, certains ne le permettent pas. Quant aux modalités d'exercice de ce droit, elles présentent actuellement une grande variété, qui est indicative d'une vaste marge d'appréciation dont les Etats contractants jouissent en ce qui concerne le sujet.

En troisième lieu, s'il existe une disposition constitutionnelle dans le droit interne permettant au législateur de mettre en œuvre l'exercice du droit de vote des expatriés depuis leur lieu de résidence, elle ne l'y oblige pas pour autant puisqu'elle a un contenu facultatif. Il ne revient donc pas à la Cour d'indiquer aux autorités nationales à quel moment ni de quelle manière elles devraient le mettre en œuvre. En outre, on ne peut pas nier le fait que les autorités grecques ont tenté à plusieurs reprises de mettre en œuvre les dispositions en question, mais les tentatives législatives ont échoué faute d'accord politique.

Enfin, alors même que les requérants sont autant concernés par les problèmes de leur pays que les résidents, cela ne suffit pas à mettre en cause le bien-fondé de la situation juridique en Grèce. De toute façon, les autorités compétentes ne sauraient prendre en compte chaque cas individuel dans la réglementation des modalités de l'exercice du droit de vote mais doivent énoncer une règle générale. Quant aux perturbations d'ordre financier, familial et professionnel qu'auraient subies les requérants s'ils avaient dû se rendre en Grèce pour voter, elles n'apparaissent pas disproportionnées au point de porter atteinte au droit invoqué.

Conclusion: non-violation (unanimité).

Jurisprudence citée par la Cour

X et association Y c. Italie, n° 8987/80, décision de la Commission du 6 mai 1981,
Décisions et rapports 24

- Mathieu-Mobin et Clerfayt c. Belgique*, 2 mars 1987, série A n° 113
Polacco et Garofalo c. Italie, n° 23450/94, décision de la Commission du 15 septembre 1997, Décisions et rapports 90-B
Matthews c. Royaume-Uni [GC], n° 24833/94, CEDH 1999-I
Hilbe c. Liechtenstein (déc.), n° 31981/96, CEDH 1999-VI
Hirst c. Royaume-Uni (n° 2) [GC], n° 74025/01, CEDH 2005-IX
Ždanoka c. Lettonie [GC], n° 58278/00, CEDH 2006-IV
Doyle c. Royaume-Uni (déc.), n° 30158/06, 6 février 2007
Yumak et Sadak c. Turquie [GC], n° 10226/03, CEDH 2008
Demir et Baykara c. Turquie [GC], n° 34503/97, CEDH 2008
Glor c. Suisse, n° 13444/04, CEDH 2009
Tănase c. Moldova [GC], n° 7/08, CEDH 2010

En l'affaire Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce,

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

Nicolas Bratza, *président*,
Jean-Paul Costa,
Françoise Tulkens,
Josep Casadevall,
Boštjan M. Zupančič,
Lech Garlicki,
Egbert Myjer,
Davíð Thór Björgvinsson,
Ján Šikuta,
Ineta Ziemele,
Luis López Guerra,
Nona Tsotsoria,
Ann Power-Forde,
Zdravka Kalaydjieva,
Vincent A. De Gaetano,
Angelika Nußberger, *juges*,
Spyridon Flogaitis, *juge ad hoc*,

et de Johan Callewaert, *greffier adjoint de la Grande Chambre*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 4 mai 2011 et 18 janvier 2012,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 42202/07) dirigée contre la République hellénique et dont trois ressortissants de cet Etat, M. Nikolaos Sitaropoulos, M. Stephanos Stavros et M. Christos Giakoumopoulos («les requérants»), ont saisi la Cour le 20 septembre 2007 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»).

2. Les requérants ont été représentés par M^e I. Ktistakis, avocat au barreau d'Athènes. Le gouvernement grec («le Gouvernement») a été représenté par les déléguées de son agent, M^{me} K. Paraskevopoulou, assesseur auprès du Conseil juridique de l'Etat et M^{me} Z. Hatzipavlou, auditrice auprès du Conseil juridique de l'Etat.

3. Les requérants voyaient dans l'impossibilité pour eux de voter depuis leur lieu de résidence une entrave disproportionnée à l'exercice de leur droit de voter aux élections législatives, garanti par l'article 3 du Protocole n° 1.

4. La requête a été attribuée à la première section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). A la suite du dépôt de M. Christos Rozakis, juge élu au titre de la Grèce, le Gouvernement a désigné M. Spyridon Flogaitis pour siéger en qualité de juge *ad hoc* (ancien article 27 § 2 de la Convention, et article 29 § 1 du règlement).

5. Le 8 juillet 2010, la chambre, composée de Nina Vajić, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev, Dean Spielmann, Sverre Erik Jebens, juges, et Spyridon Flogaitis, juge *ad hoc*, ainsi que de Søren Nielsen, greffier de section, a rendu un arrêt dans lequel elle décida de rayer la requête du rôle en ce qui concernait le deuxième requérant et concluait, par cinq voix contre deux, que la requête était recevable en ce qui concernait les premier et troisième requérants et qu'il y avait eu violation de l'article 3 du Protocole n° 1.

6. Le 22 novembre 2010, à la suite d'une demande du Gouvernement en date du 7 octobre 2010, le collège de la Grande Chambre a décidé de renvoyer l'affaire devant la Grande Chambre en vertu de l'article 43 de la Convention.

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

8. Les requérants ainsi que le Gouvernement ont déposé des observations écrites (article 59 § 1 du règlement), de même que la Ligue hellénique des droits de l'homme, que le président avait autorisée à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 3 du règlement).

9. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 4 mai 2011 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le gouvernement défendeur*

M^{mes} K. Paraskevopoulou, assesseur auprès du
Conseil juridique de l'Etat,
Z. Hatzipavlou, auditrice auprès du
Conseil juridique de l'Etat,

déléguées de l'agent;

– *pour les requérants*

M^e I. Ktistakis, avocat, *conseil;*
M^e A. Terzis, avocate, *conseiller.*

La Cour a entendu en leurs déclarations M^e Ktistakis et M^{me} Hatzipavlou.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

10. Les requérants sont nés respectivement en 1967 et 1958 et résident à Strasbourg. Ils sont fonctionnaires au Conseil de l'Europe.

11. Par décret présidentiel n° 154/2007 du 18 août 2007, l'Assemblée nationale de la République hellénique fut dissoute et la tenue d'élections générales fixée au 16 septembre 2007.

12. Par une lettre du 10 septembre 2007 adressée par télécopie à l'ambassadeur de Grèce en France, les requérants, résidents permanents en France, exprimèrent leur souhait d'exercer leur droit de vote en France lors des élections du 16 septembre 2007.

13. Le 12 septembre 2007, s'appuyant sur les instructions et informations que lui avait communiquées le ministère des Affaires intérieures, l'ambassadeur leur répondit :

« [L'Etat grec] confirme sa volonté – souvent exprimée au niveau institutionnel – de donner la faculté aux citoyens grecs résidant à l'étranger de voter depuis leur lieu de résidence. Cependant, il est évident que cette question nécessite des règles fixées par la loi, qui n'existent pas à l'heure actuelle. En effet, de telles règles ne pourraient émaner d'un simple acte administratif, des mesures spéciales devant être prises pour la mise en place de centres électoraux au sein des ambassades et des consulats (...) A la lumière de ce qui précède et malgré la volonté exprimée par l'Etat, votre demande ne pourra pas être satisfaite pour des raisons objectives en ce qui concerne les prochaines élections.»

14. Le 16 septembre 2007, les élections générales eurent lieu. Les requérants, qui ne se rendirent pas en Grèce, n'exercèrent pas leur droit de vote.

II. LES DROIT ET PRATIQUE INTERNES ET INTERNATIONAUX PERTINENTS

A. Les droit et pratique internes

1. *La Constitution grecque de 1975*

15. Les dispositions pertinentes de la Constitution se lisent ainsi :

Article premier

« (...)

2. La souveraineté populaire constitue le fondement du régime politique.

3. Tous les pouvoirs émanant du peuple, existent pour lui et la nation, et ils sont exercés ainsi qu'il est prescrit par la Constitution.»

Article 51 (avant la révision constitutionnelle de 2001)

- « 1. Le nombre des députés est fixé par la loi, sans pouvoir toutefois être inférieur à deux cents ni supérieur à trois cents.
2. Les députés représentent la nation.
3. Les députés sont élus au suffrage direct, universel et secret par les citoyens ayant le droit de vote, ainsi qu'il est prescrit par la loi. La loi ne peut restreindre le droit de vote du citoyen que s'il n'a pas atteint l'âge légal minimum, ou pour des raisons d'incapacité d'exercice ou par l'effet d'une condamnation pénale irrévocable pour certains délits.
4. Les élections législatives ont lieu simultanément sur l'ensemble du territoire. La loi peut fixer les modalités d'exercice du droit de vote par les électeurs qui se trouvent en dehors du territoire national.
5. L'exercice du droit de vote est obligatoire. La loi fixe chaque fois les exceptions et les sanctions pénales. »

Article 54

- « 1. Le régime électoral et les circonscriptions électORALES sont fixés par une loi qui s'applique aux élections qui ont lieu aussitôt après les suivantes, à moins qu'une disposition explicite adoptée à la majorité des deux tiers du nombre total des députés prévoie son application immédiate aux élections consécutives.
2. Le nombre de députés de chaque circonscription est fixé par décret présidentiel sur la base de la population légale de la circonscription, établie, selon les résultats du dernier recensement, en fonction du nombre de personnes enregistrées sur les listes municipales correspondantes, ainsi qu'il est prévu par la loi. Les résultats du recensement pris en considération sont ceux publiés sur la base des données du service compétent, un an après le dernier jour du recensement.
3. Une partie de la Chambre des députés, non supérieure au vingtième du nombre total des députés, peut être élue pour l'ensemble du territoire en fonction de la force électorale totale de chaque parti dans le pays et de manière uniforme, ainsi qu'il est prescrit par la loi. »

Article 108

- « 1. L'Etat veille aux conditions de vie de la diaspora hellénique et au maintien de ses liens avec la Mère Patrie. Il veille également à l'instruction et à la promotion sociale et professionnelle des Hellènes qui travaillent en dehors du territoire national.
2. La loi détermine les modalités d'organisation et de fonctionnement ainsi que les attributions du Conseil des Grecs de l'étranger, qui a pour mission d'exprimer toutes les forces de l'hellénisme où qu'il soit. »

Le second paragraphe de l'article 108 fut introduit lors de la révision constitutionnelle de 2001.

16. En 2001, le paragraphe 4 de l'article 51 fut modifié comme suit :

«Les élections législatives ont lieu simultanément sur l'ensemble du territoire. Les modalités d'exercice du droit de vote par les électeurs résidant en dehors du territoire national peuvent être fixées par une loi adoptée à la majorité des deux tiers du nombre total des députés. Concernant ces personnes, le principe du vote simultané n'exclut pas l'exercice du droit de vote par la voie postale ou par un autre moyen approprié, à condition que le décompte des suffrages et la proclamation des résultats soient achevés en même temps que dans le pays.»

2. La loi électorale en vigueur à l'époque des faits

17. A l'époque des élections législatives en question, le décret présidentiel n° 96/2007 – le texte régissant le régime électoral en vigueur – prévoyait :

Article 4 – Droit de vote

«1. Tout ressortissant grec, âgé de 18 ans révolus a le droit de voter. (...)»

Article 5 – Déchéance du droit

«Est déchue de son droit de vote :

- a) Toute personne mise sous curatelle, conformément aux dispositions du code civil.
- b) Toute personne frappée d'une telle déchéance concomitamment à une condamnation pénale irrévocable pour un délit prévu par le code pénal ou par le code pénal militaire, pendant toute la durée de la peine prononcée.»

Article 6 – Exercice du droit

«1. Le droit de voter dans une circonscription électorale est réservé aux personnes inscrites sur les listes électorales d'une municipalité ou d'une commune de cette circonscription.

2. L'exercice du droit de vote est obligatoire.»

3. Le projet de loi intitulé «Exercice du droit de vote aux élections législatives par les électeurs grecs résidant à l'étranger»

18. Dans le rapport dudit projet déposé le 19 février 2009 au Parlement par les ministres des Affaires intérieures, de la Justice et de l'Economie, il est relevé que le texte visait à satisfaire «une obligation historique majeure incomptable au gouvernement qui, incontestablement, renforce les liens des Grecs expatriés avec la patrie». Le rapport indiquait que la consécration du droit de vote pour les Grecs résidant à l'étranger découlait tant de l'article 108 que de l'article 51 § 4 de la Constitution. Il soulignait en particulier que l'article 108 «consacr[ait] un «droit social» aux Grecs expatriés. Ladite disposition oblige[ait] l'Etat hellénique à prendre toutes les mesures

nécessaires au maintien du lien des Grecs expatriés avec la Grèce, à veiller à leur éducation grecque et à prévoir comme devoir étatique l'ascension sociale et professionnelle des Grecs travaillant en dehors du pays. La réglementation des modalités d'exercice du droit de vote des Grecs expatriés aux élections législatives en Grèce contribu[ait] incontestablement au tissage de liens réels entre les Grecs expatriés et leur patrie». Se référant ensuite à la disposition constitutionnelle spéciale sur ce sujet, à savoir l'article 51 § 4, le rapport qualifiait la loi visée par ledit article de loi d'exécution de la Constitution. Enfin, il considérait que, «à l'époque de la mondialisation, il n'[était] pas possible que les Grecs expatriés n'[eussent] pas une voix au chapitre décisive quant à l'évolution de leur propre pays».

19. Le Conseil scientifique (*Επιστημονικό Συμβούλιο*) du Parlement est un organe à caractère consultatif dépendant du président du Parlement. Il est constitué de dix membres, parmi lesquels des professeurs de droit, de sciences politiques, d'économie, de statistiques, d'informatique et un spécialiste en relations internationales. Ledit organe dressa un rapport, daté du 31 mars 2009, sur le projet de loi précité. Il y observait qu'une partie de la doctrine avait par le passé soutenu que l'article 51 § 4 de la Constitution mettait à la charge du législateur une obligation d'autoriser l'exercice du droit de vote depuis l'étranger pour les Grecs expatriés. Néanmoins, faisant référence à une autre partie de la doctrine et aux travaux préparatoires de l'article 51 § 4 de la Constitution, il affirmait que l'autorisation d'exercer le droit de vote depuis l'étranger était facultative et non pas obligatoire pour le législateur. Il estimait aussi que la révision constitutionnelle de 2001 n'avait rien changé au caractère facultatif de ladite disposition constitutionnelle.

20. Le 7 avril 2009, le projet de loi fut rejeté par le Parlement, faute d'avoir atteint la majorité des deux tiers du nombre total des députés requise par l'article 51 § 4 de la Constitution. Les membres du Parlement, et notamment ceux de l'opposition, avaient en particulier invoqué le nombre de citoyens grecs vivant à l'étranger par rapport à ceux résidant en Grèce et les conséquences qui en auraient résulté sur la composition de l'organe législatif.

B. Les droit et pratique internationaux

1. *Les textes adoptés par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe*

21. Les textes pertinents adoptés par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe se lisent ainsi :

a) La Résolution 1459 (2005) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe – Abolition des restrictions au droit de vote

« (...)

2. Conformément à l'avis de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) adopté en décembre 2004, [l'Assemblée parlementaire] invite (...) les Etats membres et observateurs auprès de l'Organisation à réexaminer l'ensemble des restrictions existantes aux droits électoraux et à abolir toutes celles qui ne sont plus nécessaires ni proportionnées à la poursuite d'un objectif légitime.

3. L'Assemblée estime que, en principe, la priorité devrait être donnée à l'octroi de droits électoraux effectifs, libres et égaux au plus grand nombre de citoyens, sans tenir compte de leur origine ethnique, de leur santé, de leur statut de membre des forces armées ou de leur casier judiciaire. Il convient de tenir pleinement compte des droits de vote des citoyens domiciliés à l'étranger.

(...)

7. Etant donné l'importance du droit de vote dans une société démocratique, les pays membres du Conseil de l'Europe devraient permettre à leurs citoyens vivant à l'étranger de voter aux élections nationales en tenant compte de la complexité des différents systèmes électoraux. Ils devraient prendre les mesures appropriées pour faciliter autant que possible l'exercice de ce droit, notamment en considérant le vote par correspondance (par courrier), le vote auprès d'un consulat ou le vote électronique, conformément à la Recommandation Rec(2004)11 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les normes juridiques, opérationnelles et techniques relatives au vote électronique. Les Etats membres devraient coopérer entre eux à cette fin et éviter d'entraver inutilement l'exercice effectif des droits de vote des ressortissants étrangers résidant sur leurs territoires.

(...)

11. Par conséquent, l'Assemblée invite :

i. les Etats membres du Conseil de l'Europe et observateurs concernés :

(...)

b. à accorder des droits électoraux à tous leurs citoyens (ressortissants), sans imposer de condition de résidence ;

c. à faciliter l'exercice des droits électoraux des expatriés en instaurant des procédures de vote par correspondance (par courrier et/ou auprès d'un consulat) et en envisageant l'introduction du vote électronique conformément à la Recommandation Rec(2004)11 du Comité des Ministres, et, à cette fin, à coopérer entre eux ;

(...) »

b) La Recommandation 1714 (2005) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe – Abolition des restrictions au droit de vote

«4. Renvoyant à sa Résolution 1459 (2005) sur l'abolition des restrictions au droit de vote, l'Assemblée parlementaire invite le Comité des Ministres :

- i. à demander instamment aux Etats membres et observateurs :
 - a. de signer et de ratifier la Convention de 1992 du Conseil de l'Europe sur la participation des étrangers à la vie publique au niveau local (STE n° 144), et d'accorder des droits électoraux actifs et passifs aux élections locales à tous les résidents légaux ; et
 - b. de réexaminer les restrictions existantes aux droits électoraux des détenus et des membres des forces armées afin d'abolir toutes celles qui ne sont plus nécessaires ni proportionnées dans la poursuite d'un objectif légitime ;
 - ii. à demander aux services compétents du Conseil de l'Europe, notamment la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) et son Conseil des élections démocratiques, de développer leurs activités d'amélioration des conditions permettant l'exercice effectif des droits électoraux des groupes rencontrant des difficultés particulières, comme les expatriés, les détenus, les personnes condamnées pour une infraction pénale, les personnes vivant dans des établissements d'hébergement médicalisé, les militaires ou les groupes nomades ;
 - iii. à analyser les instruments existants afin d'évaluer la nécessité éventuelle d'une convention du Conseil de l'Europe destinée à améliorer la coopération internationale, cela dans le but de faciliter l'exercice des droits électoraux des expatriés.»

2. Les textes adoptés par la Commission européenne pour la démocratie par le droit (la Commission de Venise)

a) Le code de bonne conduite en matière électorale (avis n° 190/2002)

22. Le code précise que «le droit de vote et d'éligibilité peut être accordé aux citoyens résidant à l'étranger» (point I.1.a.cc.v.). Le rapport explicatif indique à cet égard :

«(...) des conditions de résidence peuvent être imposées aussi bien en matière de droit de vote que d'éligibilité; la résidence est comprise comme la résidence habituelle. (...) A l'inverse, un bon nombre d'Etats octroient le droit de vote, voire l'éligibilité, à leurs ressortissants résidant à l'étranger. Cette pratique peut s'avérer abusive dans certaines situations particulières, lorsque la nationalité est accordée sur une base ethnique par exemple.»

23. Les autres parties pertinentes du code prévoient ce qui suit :

«(...)

3.b. La libre expression de la volonté de l'électeur et la lutte contre la fraude électorale

- i. la procédure de vote doit être simple;
- ii. dans tous les cas, le vote dans un bureau de vote doit être possible; d'autres modalités de vote sont admissibles aux conditions suivantes:

- iii. le vote par correspondance ne doit être admis que si le service postal est sûr et fiable; il peut être limité aux personnes hospitalisées, aux détenus, aux personnes à mobilité réduite et aux électeurs résidant à l'étranger; la fraude et l'intimidation ne doivent pas être possibles;
 - iv. le vote électronique ne doit être admis que s'il est sûr et fiable; en particulier, l'électeur doit pouvoir obtenir confirmation de son vote et le corriger, si nécessaire, dans le respect du secret du vote; la transparence du système doit être garantie;
 - v. le vote par procuration ne peut être autorisé que s'il est soumis à des règles très strictes; le nombre de procurations détenues par un électeur doit être limité;
- (...)»

b) Le rapport de 2006 sur le droit électoral et l'administration des élections en Europe (étude no 352/2005)

24. Le rapport relève, entre autres, ce qui suit:

«Droits de vote octroyés aux ressortissants vivant à l'étranger

57. Le droit de voter depuis l'étranger est un phénomène relativement nouveau. Même dans les démocraties bien établies, les ressortissants vivant à l'étranger ont dû attendre les années 1980 (par exemple en République fédérale allemande ou au Royaume-Uni) ou 1990 (par exemple au Canada et au Japon) pour se voir accorder ce droit. Entre temps, cependant, nombre de démocraties nouvelles ou émergentes en Europe ont introduit des dispositions juridiques instituant ce droit de voter hors du pays. Bien que n'étant pas encore très répandu sur le continent, ledit droit mérite qu'on s'y attache et doit notamment être entouré de certaines garanties en matière d'intégrité du suffrage (...)

(...)

152. Plusieurs démocraties bien établies d'Europe de l'Ouest autorisent le vote par correspondance dont l'Allemagne, l'Espagne, l'Irlande, la Suisse (...) En vue d'une participation maximale, le processus électoral prévoit le vote par correspondance. Ce vote a également été utilisé entre autres en Bosnie-Herzégovine et au Kosovo afin d'assurer une participation maximale au processus électoral (CG/BUR (11) 74). Cependant, il ne devrait être permis qu'en présence d'un service postal sûr et fiable. Chaque cas doit être évalué individuellement pour déterminer les risques de fraude et de manipulation inhérents au vote par correspondance.

(...)»

c) Le rapport de 2011 sur le vote à l'étranger (étude n° 580/2010)

25. La conclusion de ce rapport est la suivante:

«91. Les pratiques nationales concernant le droit de vote des citoyens à l'étranger et son exercice sont loin d'être uniformes en Europe.

92. Toutefois, l'évolution des législations, comme l'arrêt rendu récemment par la Cour européenne des droits de l'homme concernant la Grèce – non encore définitif –, montrent une tendance favorable au droit de vote des citoyens à l'étranger, du moins

pour les élections nationales, s'agissant des citoyens qui ont maintenu des liens avec leur Etat d'origine.

93. Cela est en tout cas vrai en ce qui concerne les personnes séjournant temporairement à l'étranger. La définition du caractère temporaire d'un séjour est toutefois très variable et il convient donc, si ce critère est retenu, qu'il soit précisé.

94. Une distinction doit aussi être faite selon les types d'élections. Les scrutins nationaux dans une circonscription unique sont les plus faciles à ouvrir aux citoyens résidant à l'étranger, tandis que les élections locales leur sont généralement fermées, du fait notamment de leur lien tenu avec la politique locale.

95. La proportion de citoyens à l'étranger peut aussi beaucoup varier entre les différents Etats. Lorsqu'ils sont nombreux, le poids des citoyens à l'étranger sur le résultat de l'élection peut être décisif, ce qui peut justifier la mise en place de modalités spécifiques.

96. Il est tout à fait légitime de demander aux électeurs à l'étranger de s'inscrire sur un registre pour pouvoir voter, même si l'inscription est automatique pour les résidents.

97. L'obligation de voter dans une ambassade ou un consulat peut en pratique limiter fortement le droit de vote des citoyens à l'étranger. Cette limitation peut être justifiée au motif que les autres modalités de vote (par correspondance, par procuration, par voie électronique) ne sont pas toujours sûres et fiables.

98. En résumé, si le refus du droit de vote aux citoyens résidant à l'étranger ou les limitations à ce droit constituent une restriction au principe du suffrage universel, la Commission ne considère pas à ce stade que l'introduction d'un tel droit soit imposée par les principes du patrimoine électoral européen.

99. Bien que l'introduction du droit de vote des citoyens résidant à l'étranger ne soit pas imposé par les principes du droit du patrimoine électoral européen, la Commission européenne pour la démocratie par le droit propose que les Etats, compte tenu de la mobilité européenne des citoyens, et en conformité avec la situation particulière de certains Etats, adoptent une approche positive relative au droit de vote des citoyens résidant à l'étranger, puisque ce droit contribue à l'expansion de la citoyenneté nationale et européenne.»

3. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

26. Le droit de vote est consacré à l'article 25 du Pacte, dont voici les parties pertinentes :

«Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables :

(...)

b) De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs;

(...)»

Lors de l'élaboration de l'observation générale sur l'article 25 du Pacte, publiée le 12 juillet 1996 par le Comité des droits de l'homme, il avait été proposé d'inviter les Etats à permettre à leurs ressortissants résidant à l'étranger de faire usage des systèmes de vote postal mis à la disposition des électeurs absents. Cette proposition n'ayant pas été acceptée par le Comité des droits de l'homme, elle ne figure pas dans son observation générale.

4. La Convention américaine relative aux droits de l'homme

27. L'article 23 de ladite convention dispose :

« 1. Tous les citoyens doivent jouir des droits et facultés ci-après énumérés :

a. De participer à la direction des affaires publiques, directement ou par l'intermédiaire de représentants librement élus;

b. d'élire et d'être élus dans le cadre de consultations périodiques authentiques, tenues au suffrage universel et égal, et par scrutin secret garantissant la libre expression de la volonté des électeurs, et

c. d'accéder, à égalité de conditions générales, aux fonctions publiques de leur pays.

2. La loi peut réglementer l'exercice des droits et facultés mentionnés au paragraphe précédent, et ce exclusivement pour des motifs d'âge, de nationalité, de résidence, de langue, de capacité de lire et d'écrire, de capacité civile ou mentale, ou dans le cas d'une condamnation au criminel prononcée par un juge compétent. »

28. Le droit de vote au sens de l'article 23 n'est pas absolu. Il peut faire l'objet de restrictions pour les motifs expressément indiqués au paragraphe 2 de cet article. Ce dernier prévoit la « résidence » parmi l'un des motifs de restriction possibles. Cependant, toute restriction au droit de vote fondée sur la résidence n'est pas justifiée.

29. Dans l'affaire Statehood Solidarity Committee c. Etats-Unis (affaire 11.204, rapport n° 98/03, 29 décembre 2003) la Commission interaméricaine des droits de l'homme a considéré que ces modalités d'interprétation et d'application du droit énoncé à l'article 23 de la Convention américaine étaient conformes à la jurisprudence des autres systèmes internationaux de protection des droits de l'homme dont les traités offrent des garanties similaires. A cet égard, elle s'est référée à la

jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des droits de l'homme :

«93. (...) A l'instar de la Cour européenne et de la Commission de céans, le Comité des droits de l'homme de l'ONU a reconnu que les droits protégés par l'article 25 du Pacte n'étaient pas absous, mais que toute condition à l'exercice du droit à la participation politique protégé par l'article 25 doit être fondée sur des « critères objectifs et raisonnables ». Le Comité a également jugé que, à la lumière du principe fondamental de proportionnalité, de plus lourdes restrictions aux droits politiques exigeaient une justification spéciale. »

5. Le système de protection des droits de l'homme fondé sur la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples

30. L'article 13 § 1 de ladite charte est ainsi libellé :

«Tous les citoyens ont le droit de participer librement à la direction des affaires publiques de leur pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis, ce, conformément aux règles édictées par la loi.»

31. Ayant considéré que cette disposition était similaire en substance à celle énoncée à l'article 25 du Pacte, la Commission africaine a interprété l'article 13 de la Charte à la lumière de l'observation générale du Comité des droits de l'homme sur l'article 25. Elle en a conclu que toute condition imposée à l'exercice de ce droit devait être fondée sur des critères objectifs et raisonnables établis par la loi (Purohit et Moore c. Gambie, communication n° 241/2001, § 76).

C. Éléments de droit comparé

32. Selon les éléments de droit comparé dont dispose la Cour sur la législation des Etats membres du Conseil de l'Europe en matière de vote à l'étranger, la majorité de ces pays autorise et met en œuvre des procédures permettant à leurs ressortissants résidant à l'étranger de voter aux élections législatives. En même temps, on constate une grande variété de situations. Ainsi, les différents cas de figure ne se prêtent pas facilement à un classement en catégories bien distinctes. Toutefois, deux catégories peuvent schématiquement être distinguées, à savoir celle des Etats qui autorisent, selon différentes modalités, leurs ressortissants à voter à l'étranger et celle des Etats membres où ce type de vote n'est en principe pas autorisé. Enfin, la plupart des Etats membres qui autorisent ce vote prévoient des démarches administratives pour l'inscription des expatriés sur les listes électorales.

1. Modalités d'exercice du vote à l'étranger dans les pays qui l'autorisent en principe

33. Trente-sept Etats membres l'autorisent: l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bosnie-Herzégovine, la Bulgarie, la Croatie, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la France, la Géorgie, la Hongrie, l'Islande, l'Italie, la Lettonie, «l'ex-République yougoslave de Macédoine», le Liechtenstein, la Lituanie, le Luxembourg, la République de Moldova, Monaco, la Norvège, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Russie, la Serbie, la Slovaquie, la Slovénie, la Suède, la Suisse, la Turquie et l'Ukraine.

34. Les pays ci-dessus prévoient le vote dans des bureaux de vote installés à l'étranger, le vote par correspondance ou ces deux possibilités. Les dix-sept pays suivants permettent de voter dans des ambassades ou consulats ou dans des bureaux de vote ouverts ailleurs: la Bulgarie, la Croatie, le Danemark, la Finlande, la France, la Géorgie, la Hongrie, l'Islande, «l'ex-République yougoslave de Macédoine», la République de Moldova, la Norvège, la Pologne, la République tchèque, la Roumanie, la Russie, la Serbie et l'Ukraine.

Huit pays permettent de voter à l'étranger par correspondance seulement, que ce soit par l'intermédiaire d'une représentation ou par un courrier directement adressé à l'autorité nationale compétente: l'Allemagne, l'Autriche, l'Italie, le Liechtenstein, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal et la Slovaquie. La possibilité de voter soit dans une ambassade (ou un consulat) soit par correspondance est autorisée par la Belgique, la Bosnie-Herzégovine, l'Espagne, l'Estonie, la Lettonie, la Lituanie, la Slovénie et la Suède. Un petit nombre de pays prévoient aussi le vote par procuration: la Belgique, la France, les Pays-Bas, la Suisse et le Royaume-Uni. A Monaco, le vote par procuration est la seule manière de voter à l'étranger pour les ressortissants de ce pays.

Quelques pays autorisent le vote par Internet: les Pays-Bas et la Suisse. Ce procédé est déjà prévu dans la loi et utilisé en Estonie, tandis qu'il est à l'étude en Espagne.

35. Dans cinq Etats membres, seules peuvent voter à l'étranger les personnes vivant temporairement hors de leur pays. Il s'agit de la Bosnie-Herzégovine, du Danemark, de la Hongrie, du Liechtenstein et de «l'ex-République yougoslave de Macédoine». Dans ce dernier pays, la loi vise explicitement les citoyens résidant ou travaillant temporairement à l'étranger. Dans certains pays, les expatriés perdent le droit de vote après un certain délai. Au Royaume-Uni, ce délai est de quinze ans tandis que, en Allemagne, il est de vingt-cinq ans.

36. Certains pays tels que l'Autriche, la Hongrie, la Slovénie et l'Ukraine n'autorisent le vote à l'étranger qu'avec la permission du pays hôte.

37. Dans quatre pays – la Croatie, la France, l'Italie et le Portugal –, les expatriés peuvent élire leurs propres représentants au parlement national dans des circonscriptions électorales créées à l'étranger. Au Portugal, chacune des deux circonscriptions élit un député. Les citoyens français vivant à l'étranger participent à l'élection de douze sénateurs par l'intermédiaire de l'Assemblée des Français de l'étranger, composée de cent cinquante membres. A compter de 2012, ils pourront aussi élire onze députés à l'Assemblée nationale. En Croatie et en Italie, le nombre de sièges au Parlement alloués aux circonscriptions de l'étranger est lié au nombre de suffrages exprimés.

2. Les pays qui n'autorisent pas ou restreignent considérablement le droit de vote à l'étranger

38. Huit Etats membres, à savoir l'Albanie, Andorre, l'Arménie, l'Azerbaïdjan, Chypre, Malte, le Monténégro et Saint-Marin n'autorisent pas le droit de vote aux élections législatives depuis l'étranger. En particulier, en Albanie, le code électoral en vigueur ne contient aucune disposition sur le vote à l'étranger. Par ailleurs, l'Irlande encadre strictement cette possibilité. La faculté de voter par correspondance pour les électeurs résidant à l'étranger est réservée aux membres de la police et des forces de défense ainsi qu'aux diplomates irlandais et à leurs conjoints. Ce droit est ainsi limité à un groupe spécifique et très réduit de personnes. En vertu de la législation du Monténégro et de Saint-Marin, les personnes résidant à l'étranger ne peuvent voter que dans leur propre pays.

3. Les démarches administratives à effectuer pour l'inscription des expatriés sur les listes électorales

39. Dans au moins vingt-deux des Etats membres qui autorisent le vote à l'étranger, les personnes qui souhaitent se prévaloir de cette possibilité doivent auparavant demander à être inscrites sur les listes électorales, et ce avant une certaine date, auprès soit des autorités du pays d'origine soit des représentations diplomatiques ou consulaires à l'étranger.

40. En Bosnie-Herzégovine, la demande d'inscription doit être soumise pour chaque élection à la commission électorale centrale du pays. Au Danemark, les personnes ayant le droit de voter doivent l'adresser à leur dernière commune de résidence. En Hongrie, elles peuvent le faire dans les représentations à l'étranger en remplissant dans les délais prescrits une demande au bureau électoral local. En Allemagne et au Luxembourg, il faut soumettre la demande à l'administration locale. En Slovaquie, les électeurs résidant à l'étranger doivent demander leur inscription sur un registre spécial

tenu par la mairie de Bratislava-Petržalka. En Slovénie, les personnes votant à l'étranger doivent envoyer une notification à la commission électorale nationale. En Serbie, les personnes intéressées doivent adresser une demande d'inscription sur les listes électorales en tant que résidents étrangers. En Espagne, les électeurs doivent présenter une demande d'inscription sur la liste électorale spéciale des résidents absents à la délégation provinciale compétente du bureau des listes électorales. Au Royaume-Uni, les électeurs résidant à l'étranger doivent renouveler chaque année leur inscription auprès du bureau électoral local.

41. Dans un certain nombre de pays, les demandes sont à adresser aux missions diplomatiques ou consulaires qui soit dressent elles-mêmes les listes électorales soit font suivre les demandes à l'autorité responsable dans leur pays. Les citoyens belges figurant sur les registres de la population des postes diplomatiques ou consulaires doivent remplir un formulaire indiquant dans quelle commune ils souhaitent être inscrits et quelle méthode ils utiliseront pour voter. Le formulaire est ensuite envoyé à la commune concernée et la personne est ajoutée à la liste des électeurs votant à l'étranger.

42. En Bulgarie, en Pologne, en République tchèque et en Russie, les listes électorales pour les expatriés sont établies par les missions diplomatiques ou consulaires à l'étranger sur la base des demandes formulées par les électeurs. Les citoyens croates souhaitant voter à l'étranger doivent quant à eux s'inscrire auprès des représentations croates à l'étranger. Les électeurs lettons qui souhaitent voter par correspondance doivent soumettre une demande à la mission diplomatique ou consulaire concernée, où ils sont inscrits sur une liste spéciale. Aux Pays-Bas, tout expatrié pouvant et souhaitant voter doit demander son inscription sur la liste des ressortissants néerlandais résidant à l'étranger auprès du chef de la mission consulaire, qui la transmet à La Haye. Au Portugal, le vote à l'étranger suppose l'inscription au préalable sur une liste électorale consulaire. Les citoyens suisses résidant à l'étranger doivent faire une demande auprès de la représentation suisse où ils sont inscrits. Cette demande est transmise à la localité où la personne vote habituellement et celle-ci sera inscrite sur la liste électorale. Dans « l'ex-République yougoslave de Macédoine », les personnes votant à l'étranger sont inscrites sur la liste électorale du pays dès qu'elles en font la demande auprès des représentations diplomatiques et consulaires. En Turquie, les électeurs résidant à l'étranger doivent s'inscrire sur une liste spéciale en présentant une déclaration de résidence au consulat le plus proche.

43. Dans certains pays, les électeurs résidant à l'étranger n'ont aucune démarche à effectuer pour être inscrits sur la liste électorale, les autorités le faisant automatiquement sur la base des registres existants. C'est le cas en Estonie, en Finlande, en France, en Géorgie, en Islande, en Italie, en

Lituanie, en République de Moldova, en Norvège, en Roumanie, en Suède et en Ukraine. Les électeurs qui ne figurent pas sur les listes électorales peuvent s'y faire inscrire à leur demande (par exemple en France, en Géorgie, en Italie et en Ukraine).

44. En Islande, l'inscription sur la liste électorale nationale doit être renouvelée au bout de huit ans de résidence à l'étranger; en Norvège et en Suède, ce délai est de dix ans.

45. Dans certains pays ayant un système d'inscription automatique, les expatriés doivent faire certaines démarches s'ils souhaitent voter dans leur pays d'origine. Par exemple, les électeurs italiens résidant à l'étranger mais souhaitant voter en Italie doivent en informer par écrit le bureau consulaire compétent. Les expatriés français doivent demander leur inscription sur les listes électorales en France s'ils souhaitent voter dans le pays.

EN DROIT

SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 3 DU PROTOCOLE N° 1

46. Les requérants voient dans l'impossibilité pour eux de voter depuis leur lieu de résidence une entrave disproportionnée à l'exercice de leur droit de voter lors des élections législatives de 2007, emportant violation de l'article 3 du Protocole n° 1, qui dispose:

«Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif.»

A. L'arrêt de la chambre

47. Dans son arrêt du 8 juillet 2010, la chambre a conclu à une violation de l'article 3 du Protocole n° 1. Elle a estimé que la présente affaire concernait non pas la reconnaissance du droit de vote des requérants proprement dit, qui leur est déjà garanti par la Constitution grecque, mais les modalités d'exercice de ce droit par les ressortissants grecs résidant à l'étranger. Sur ce point, la chambre a noté que l'article 51 § 4 de la Constitution grecque, adopté en 1975 et précisé lors de la révision constitutionnelle de 2001, habilitait le législateur à fixer lesdites modalités. Si les requérants pouvaient toujours se rendre en Grèce pour voter, de fait un tel déplacement compliquait considérablement l'exercice de ce droit car il entraînait des frais ainsi que des perturbations dans leur vie professionnelle et familiale.

48. La chambre a reconnu que l'article 3 du Protocole n° 1 n'imposait pas de garantir le droit de vote aux élections législatives pour les électeurs expatriés. Toutefois, la disposition constitutionnelle en question, à savoir l'article 51 § 4 de la Constitution, ne pouvait rester inapplicable indéfiniment sous peine de voir son contenu et la volonté de ses rédacteurs dépourvus de toute valeur normative. Or trente-cinq ans (à la date de l'arrêt) après l'adoption de cette disposition, le législateur grec n'avait toujours pas rendu son contenu effectif.

49. De surcroît, la chambre a jugé que cette absence de concrétisation par la voie législative du droit de vote pour les expatriés était assimilable à un traitement inéquitable à l'égard des Grecs expatriés – surtout en cas d'éloignement important – par rapport à leurs concitoyens résidant en territoire grec, alors même que le Conseil de l'Europe avait incité les Etats membres à permettre à leurs citoyens vivant à l'étranger de participer autant que possible au processus électoral. Sur la base d'une étude comparative du droit interne de trente-trois Etats membres du Conseil de l'Europe, elle a observé qu'une grande majorité d'entre eux avait mis en œuvre des procédures en ce sens et a conclu que la Grèce se trouvait en deçà du dénominateur commun des Etats membres dans ce domaine.

B. Les thèses des parties

1. *Les requérants*

50. Les requérants allèguent que le droit pour les citoyens grecs de voter depuis l'étranger a été reconnu pour la première fois en 1862 lors des élections des membres du 2^e Congrès national et que des citoyens grecs avaient pu voter depuis leur lieu de résidence à l'étranger. Ils ajoutent que non seulement une bonne part des constitutionnalistes grecs mais aussi les juridictions helléniques estiment qu'une disposition constitutionnelle qui garantit un droit aussi important que le droit de vote ne saurait rester inapplicable indéfiniment. Ils affirment notamment que, confrontée à la même question sur le terrain de l'article 24 § 6 de la Constitution, qui prévoit l'adoption d'une loi qui régira les mesures restreignant le droit de propriété aux fins de la protection de l'environnement culturel et les modalités d'indemnisation des propriétaires, le Conseil d'Etat, en assemblée plénière, a considéré que, faute pour le législateur d'avoir adopté la loi d'exécution en question, « il pesait sur l'administration l'obligation, née directement de la Constitution, de garantir la protection continue du monument et, parallèlement, l'indemnisation du propriétaire affecté ». Ils voient dans l'obligation de légiférer incomtant au législateur grec en

vertu des articles 108 et 51 § 4 de la Constitution une *obligatio* et non une *facultas*. Ils estiment que le retard de trente-six ans imputé à l'Etat grec pour donner effet à une disposition précise de la Constitution et rendre effectif le droit de vote des expatriés depuis l'étranger est constitutif d'une violation de l'article 3 du Protocole n° 1.

51. Les requérants considèrent que la position adoptée par la Cour à l'occasion de l'affaire *Hilbe c. Liechtenstein* ((déc.), n° 31981/96, CEDH 1999-VI) n'est pas pertinente en l'espèce. A la différence du requérant dans cette affaire, ils seraient eux-mêmes déjà inscrits sur les listes électorales et le droit de vote leur serait explicitement reconnu par le droit interne. A ce titre, ils se plaignent non pas d'une restriction au droit de vote proprement dit, mais de ce que les modalités nécessaires n'auraient pas été fixées pour le rendre effectif.

52. Les requérants affirment porter un intérêt particulier aux développements politiques dans leur pays d'origine et vouloir maintenir des liens étroits avec la Grèce. En particulier, ils soulignent qu'ils sont inscrits sur les listes électorales en Grèce, titulaires de passeports grecs valides, propriétaires de biens immobiliers en Grèce et redevables des impôts sur les revenus y relatifs, et toujours habilités à exercer la profession d'avocat en Grèce. Ils voient dans l'impossibilité de voter depuis leur Etat de résidence pour les élections législatives tenues en Grèce une entrave à leur droit de vote qu'ils estiment contraire tant à la Constitution grecque qu'à la Convention. Cette entrave résulterait de ce que l'exercice de leur droit de vote impliquerait leur déplacement obligatoire en Grèce. Les requérants admettent que, à l'occasion des élections législatives, ils peuvent certes voyager en avion à Samos et Thessalonique, leurs villes d'origine respectives. Mais cette possibilité ne changerait rien en substance à leur grief, à savoir qu'ils devraient alors supporter des frais non négligeables et que leur vie professionnelle et familiale en serait perturbée puisqu'ils seraient obligés de s'absenter de leur travail et s'éloigner de leurs familles pendant quelques jours.

53. Les requérants soutiennent qu'il ressort des textes du Conseil de l'Europe, notamment de la Résolution 1459 (2005) et de la Recommandation 1714 (2005) de l'Assemblée Parlementaire, ainsi que du code de bonne conduite en matière électorale établi par la Commission de Venise, que les Etats membres ont l'obligation de rendre le droit de vote effectif. Ils notent que, selon l'étude à laquelle la chambre a fait référence dans son arrêt du 8 juillet 2010, au moins vingt-neuf Etats membres du Conseil de l'Europe garantissent effectivement aux expatriés le droit de voter depuis l'étranger aux élections législatives.

2. Le Gouvernement

54. Le Gouvernement estime que la possibilité reconnue par la Constitution de régir par la voie législative l'exercice du droit de vote des électeurs résidant en dehors du territoire de l'Etat hellénique ne saurait jouer un rôle décisif dans le constat ou non d'une violation de l'article 3 du Protocole n° 1 en l'espèce. En particulier, il souligne que, loin d'imposer une quelconque obligation au législateur, l'article 51 § 4 de la Constitution a un contenu facultatif. De plus, la jurisprudence de la Cour sur l'article 3 du Protocole n° 1 reconnaîtrait que les Etats contractants jouissent d'une ample marge d'appréciation quant à l'organisation de leur système électoral. Le Gouvernement ajoute que, aux termes de l'article 51 § 4 de la Constitution, les modalités de vote pour les Grecs de la diaspora doivent être fixées à la majorité des deux tiers du Parlement, ce qui confirme la nécessité d'atteindre en Grèce un consensus politique très large sur ce sujet. De surcroît, il note qu'il a déjà essayé de faire adopter, en 2009, une loi sur le vote des Grecs expatriés, ce qui prouve sa volonté politique de faire face au problème en l'espèce. Pour lui, la définition de ces modalités est une question politique extrêmement complexe et délicate. Une reconnaissance générale du droit des expatriés à voter aux élections parlementaires depuis leur lieu de résidence pourrait engendrer des problèmes politiques et économiques considérables, non seulement en Grèce mais aussi dans d'autres Etats membres du Conseil de l'Europe.

55. Le Gouvernement renvoie à la jurisprudence de la Cour et de l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme sur la compatibilité avec l'article 3 du Protocole n° 1 de la subordination du droit de vote à une obligation de résidence. Il soutient que, selon cette jurisprudence, assortir le droit de vote à une telle condition est justifiable. Il évoque le souci légitime du législateur de limiter l'influence des citoyens résidant à l'étranger lors des élections législatives, principalement axées sur des questions touchant les citoyens résidant dans leur pays d'origine. Pour lui, les expatriés ne sauraient légitimement se dire plus concernés que les citoyens grecs vivant sur le territoire national par les décisions émanant des organes politiques de leur pays d'origine.

56. Se référant en particulier aux travaux parlementaires lors de la révision constitutionnelle de 2001, le Gouvernement relève que la loi prévue par l'article 51 § 4 de la Convention demeure facultative. Bien qu'énoncé pour la première fois dans cette disposition constitutionnelle, le vote par correspondance n'aurait qu'un caractère facultatif. De plus, son exercice devrait respecter le principe constitutionnel du déroulement simultané des élections législatives. Le Gouvernement rappelle aussi les raisons pour

lesquelles, selon lui, une majorité renforcée des deux tiers a été prévue pour l'adoption de la loi d'exécution visée à l'article 51 § 4 de la Constitution : un consensus politique serait nécessaire étant donné le nombre considérable de citoyens grecs résidant à l'étranger (environ 3 700 000 pour 11 000 000 vivant en Grèce). Il affirme ainsi qu'environ 1 850 000 citoyens grecs vivent aux Etats-Unis d'Amérique et 558 000 en Australie. Dès lors, selon lui, le consensus le plus large entre les partis politiques doit être atteint afin d'éviter des tensions politiques qui résulteraient des enjeux liés à l'élargissement *de facto* du corps électoral.

57. Pour le Gouvernement, les citoyens grecs résidant à titre permanent à l'étranger sont désormais liés à la vie sociale, économique, politique et culturelle de leur pays d'accueil et de résidence et c'est là que se situe le centre de leurs intérêts par excellence. En outre, le Gouvernement estime que la comparaison entre la Grèce et d'autres Etats ayant consacré le droit de vote pour les expatriés depuis leur lieu de résidence devrait prendre en compte les particularités de chaque cas d'espèce, notamment le nombre de citoyens vivant en dehors de leur pays d'origine, le contexte sociopolitique de chaque pays et le système électoral en place.

58. Au demeurant, le Gouvernement arguë que la participation des Grecs expatriés aux élections législatives ne peut pas être mise en parallèle avec la mise en œuvre dudit droit en ce qui concerne les élections au Parlement européen. Dans ce dernier cas, il ne s'agirait que de la consécration du droit de vote pour une partie des Grecs expatriés, à savoir ceux qui résident sur le territoire des Etats membres de l'Union Européenne, d'une obligation directement tirée du droit communautaire et explicitement prévue par la législation interne.

59. En somme, le Gouvernement rappelle que les requérants remplissent les conditions fixées par la loi électorale pour exercer leur droit de vote en Grèce. Il réaffirme que la question du droit de vote des expatriés depuis leur lieu de résidence relève de la marge d'appréciation des autorités internes, qui ont selon lui la faculté de choisir à quel moment et selon quelles modalités le consacrer.

3. Le tiers intervenant

60. La Ligue hellénique des droits de l'homme, constituée en 1953, est l'organisation non gouvernementale la plus ancienne de Grèce. Elle est membre de la Fédération internationale des droits de l'homme. Elle relève la situation paradoxale dans laquelle se trouve le droit de vote des expatriés depuis leur lieu de résidence. Si, d'une part, nul ne conteste le droit pour les expatriés de participer aux décisions politiques de la «mère patrie», ce principe, qui a acquis une valeur constitutionnelle, semble stérile: dix ans

ont déjà passé depuis la révision constitutionnelle de 2001 et l'obligation constitutionnelle d'adopter le «vote par correspondance» pour les Grecs résidant à l'étranger n'a pas encore été concrétisée.

61. Dans le débat relatif aux droits politiques des expatriés, on distingue schématiquement deux tendances opposées et, entre ces deux extrêmes, se situe une grande partie des positions et des pratiques des Etats, avec différentes variantes et nuances. La première tendance entend la notion de communauté politique en un sens entièrement territorial, tandis que la deuxième tendance est celle d'une communauté dépassant le cadre du territoire, formée par des liens de solidarité qui unissent la nation. Le tiers intervenant cite J. Habermas, selon qui la notion d'autodétermination démocratique d'une communauté «exige que ceux qui sont soumis à la loi, tout comme ceux à qui la loi fait référence, doivent se considérer eux-mêmes comme les créateurs de la loi». Pour le tiers intervenant, cette citation renvoie à une conception de la qualité de citoyen qui fait principalement de la résidence sur un territoire le critère décisif, mais tient compte objectivement du fait qu'il n'est pas absolument nécessaire pour un individu de résider sur le territoire d'un Etat pour avoir le sentiment d'entretenir avec lui des liens vitaux. Comme on l'observe de manière de plus en plus évidente de nos jours, «il est possible de vivre à la maison et loin de celle-ci». Cette conception transnationale de la citoyenneté rend obsolète le débat sur les droits électoraux des expatriés qui se fonde uniquement sur une idée territoriale de la citoyenneté. Si les campagnes électorales se déroulent désormais principalement à travers les réseaux sociaux électroniques (par exemple «Facebook» et «Twitter»), cela prouve que l'argument tiré de la «distance» entre l'expatrié et son pays d'origine n'est pas aussi pertinent aujourd'hui qu'il y a quelques années.

62. Pour le tiers intervenant, la réponse à la question «doit-on accorder des droits politiques aux expatriés?» ne peut être «tout ou rien». Il estime qu'il faudrait élaborer un critère objectif permettant d'établir l'existence ou non de liens vitaux entre un expatrié grec et l'Etat grec et donc de dire s'il y a lieu de l'incorporer au corps électoral. Il relève que, dans la plupart des Etats membres de l'Union européenne qui prévoient des droits électoraux pour leurs expatriés, la condition générale est l'inscription sur les listes électorales de chaque Etat dans les ambassades ou consulats situés dans la région en question. Il estime que, dès lors, le seul critère qui apparaisse comme objectivement sûr pour ce qui est de la mise à disposition ou non du «vote par correspondance ou [de] tout autre moyen approprié» est la tenue de listes électorales dans les bureaux consulaires à l'étranger. La prétention qu'à la diaspora hellénique de participer aux élections grecques appelle une réponse nuancée permettant de prendre en compte de manière

proportionnelle et équilibrée la façon dont le processus démocratique dans le pays d'origine influence la vie de l'expatrié.

C. L'appréciation de la Cour

1. Principes généraux

63. La Cour rappelle que l'article 3 du Protocole n° 1 consacre un principe fondamental dans un régime politique véritablement démocratique et revêt donc dans le système de la Convention une importance capitale (*Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 2 mars 1987, § 47, série A n° 113). A première vue, cet article paraît différent des autres dispositions de la Convention et de ses Protocoles en ce qu'il énonce l'obligation pour les Hautes Parties contractantes d'organiser des élections dans des conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple, et non un droit ou une liberté en particulier. Toutefois, eu égard aux travaux préparatoires de l'article 3 du Protocole n° 1 et à l'interprétation qui est donnée de cette disposition dans le cadre de la Convention, la Cour a jugé que cet article implique également des droits subjectifs, dont le droit de vote et celui de se porter candidat à des élections (*ibidem*, § 51). Elle a estimé également que les normes à appliquer pour établir la conformité à cet article doivent être considérées comme moins strictes que celles qui sont appliquées sur le terrain des articles 8 à 11 de la Convention (*Ždanoka c. Lettonie* [GC], n° 58278/00, § 115, CEDH 2006-IV).

64. En effet, la notion de «limitation implicite» qui se dégage de l'article 3 du Protocole n° 1 revêt une importance majeure quand il s'agit de déterminer la légitimité des buts poursuivis par les restrictions aux droits garantis par cette disposition (*Mathieu-Mohin et Clerfayt*, précité, § 52). Etant donné que l'article 3 du Protocole n° 1 n'est pas limité par une liste précise de «buts légitimes», tels que ceux qui sont énumérés aux articles 8 à 11 de la Convention, les Etats contractants peuvent librement se fonder sur un but qui ne figure pas dans une telle liste pour justifier une restriction, sous réserve que la compatibilité de ce but avec le principe de la prééminence du droit et les objectifs généraux de la Convention soit démontrée dans les circonstances particulières d'une affaire donnée (*Ždanoka*, précité, § 115). Néanmoins, il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur l'observation des exigences de l'article 3 du Protocole n° 1; il lui faut s'assurer que les conditions auxquelles sont subordonnés le droit de vote ou celui de se porter candidat à des élections ne réduisent pas les droits dont il s'agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité, qu'elles satisfassent aux exigences de légalité, qu'elles

poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés (*Tănase c. Moldova* [GC], n° 7/08, § 162, CEDH 2010, et *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, précité, § 52).

65. En ce qui concerne, en particulier, la détermination du mode de scrutin, la Cour rappelle que les Etats contractants jouissent dans ce domaine d'une ample marge d'appréciation. A cet égard, l'article 3 du Protocole n° 1 se borne à prescrire des élections «libres» se déroulant «à des intervalles raisonnables», «au scrutin secret» et «dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple». Sous cette réserve, il n'engendre aucune «obligation d'introduire un système déterminé» tel que la proportionnelle ou le vote majoritaire à un ou à deux tours (*Mathieu-Mohin et Clerfayt*, précité, § 54).

66. En effet, il existe de nombreuses manières d'organiser et de faire fonctionner les systèmes électoraux et une multitude de différences au sein de l'Europe notamment dans l'évolution historique, la diversité culturelle et la pensée politique, qu'il incombe à chaque Etat contractant d'incorporer dans sa propre vision de la démocratie (*Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2) [GC], n° 74025/01, § 61, CEDH 2005-IX). Aux fins de l'application de l'article 3 du Protocole n° 1, toute loi électorale doit s'apprécier à la lumière de l'évolution politique du pays, de sorte que des détails inacceptables dans le cadre d'un système déterminé peuvent se justifier dans celui d'un autre, pour autant du moins que le système adopté réponde à des conditions assurant la «libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif» (*Yumak et Sadak c. Turquie* [GC], n° 10226/03, § 111, CEDH 2008). Par ailleurs, la Convention étant avant tout un mécanisme de protection des droits de l'homme, la Cour doit tenir compte de l'évolution de la situation dans l'Etat défendeur et dans les Etats contractants en général et réagir, par exemple, au consensus susceptible d'apparaître quant aux buts à atteindre. La présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut à cet égard constituer un élément pertinent pour déterminer l'étendue de la marge d'appréciation des autorités (*Glor c. Suisse*, n° 13444/04, § 75, CEDH 2009).

67. En outre, il convient de noter que, dans le domaine de l'article 3 du Protocole n° 1, se trouve au premier plan non une obligation d'abstention ou de non-ingérence, comme pour la majorité des droits civils et politiques, mais celle, à la charge de l'Etat, d'adopter des mesures positives pour «organiser» des élections démocratiques (*Mathieu-Mohin et Clerfayt*, précité, § 50). A cet égard, la Cour tient compte aussi du fait que le droit de vote, c'est-à-dire l'aspect «actif» des droits garantis par l'article 3 du Protocole n° 1, ne constitue pas un privilège. Au XXI^e siècle, dans un Etat

démocratique, la présomption doit jouer en faveur de l'octroi de ce droit au plus grand nombre (*Hirst*, précité, § 59).

68. Il en résulte que l'exclusion du droit de vote de groupes ou catégories quelconques de la population doit se concilier avec les principes soutenant l'article 3 du Protocole n° 1 (*Ždanoka*, précité, § 105). La Cour a notamment jugé qu'une législation interne imposant un âge minimum ou des critères de résidence pour l'exercice du droit de vote était en principe compatible avec l'article 3 du Protocole n° 1 (*Hirst*, précité, § 62, et *Hilbe*, décision précitée). Elle a admis qu'une dérogation générale, automatique et indifférenciée au principe du suffrage universel risque de saper la validité démocratique du corps législatif ainsi élu et des lois promulguées par lui (*Hirst*, précité).

69. En ce qui concerne les restrictions à l'exercice du droit de vote à l'étranger fondées sur le critère de la résidence de l'électeur, les organes de la Convention ont admis dans le passé que plusieurs raisons peuvent les justifier: premièrement, la présomption qu'un citoyen non résident est moins directement ou moins continuellement concerné par les problèmes quotidiens de son pays et les connaît moins bien; deuxièmement, les citoyens résidant à l'étranger ont moins d'influence sur la sélection des candidats ou sur l'établissement de leurs programmes électoraux; troisièmement, le lien étroit entre le droit de vote aux élections législatives et le fait que l'on est directement touché par les actes des organes politiques ainsi élus; et, quatrièmement, le souci légitime que peut avoir le législateur de limiter l'influence des citoyens résidant à l'étranger sur des élections se rapportant à des questions qui, tout en étant assurément fondamentales, touchent au premier chef les personnes qui résident dans le pays (*Hilbe*, décision précitée; voir aussi *X et association Y c. Italie*, n° 8987/80, décision de la Commission du 6 mai 1981, Décisions et rapports (DR) 24, p. 192, et *Polacco et Garofalo c. Italie*, n° 23450/94, décision de la Commission du 15 septembre 1997, DR 90-B, p. 5). Plus récemment, la Cour a considéré que devoir satisfaire à une condition de résidence ou de durée de résidence afin de pouvoir jouir du droit de voter au cours d'une élection ou exercer celui-ci ne constitue pas en principe une restriction arbitraire à ce droit et n'est donc pas incompatible avec l'article 3 du Protocole n° 1 (*Doyle c. Royaume-Uni* (déc.), n° 30158/06, 6 février 2007).

2. Application de ces principes au cas d'espèce

70. A titre préliminaire, la Cour rappelle que les requérants se plaignent de ce que le législateur grec n'a pas, à ce jour, aménagé la possibilité pour les citoyens grecs expatriés de voter aux élections législatives depuis leur lieu actuel de résidence. Partant, ce grief porte non pas sur la reconnaissance du

droit de vote des expatriés proprement dit, déjà énoncé dans son principe à l'article 51 § 4 de la Constitution combiné avec l'article 4 du décret présidentiel n° 96/2007, mais sur les modalités de son exercice. A l'instar de la chambre, la Grande Chambre considère donc que, en l'espèce, sa tâche consiste à examiner si, malgré l'absence de réglementation des modalités d'exercice du droit de vote, dans la présente affaire, le régime électoral grec permet «la libre expression de l'opinion du peuple» et préserve «l'essence même du droit de vote», comme l'exige l'article 3 du Protocole n° 1 (*Matthews c. Royaume-Uni* [GC], n° 24833/94, § 65, CEDH 1999-I). Cet examen se fera à la lumière de la question plus générale de savoir si l'article 3 du Protocole n° 1 met à la charge des Etats l'obligation d'instaurer un système permettant l'exercice du droit de vote à l'étranger pour les citoyens expatriés.

71. D'une manière générale, l'article 3 du Protocole n° 1 ne prévoit pas la mise en œuvre par les Etats contractants de mesures favorisant l'exercice du droit de vote par les expatriés depuis leur lieu de résidence. Cependant, puisque dans un Etat démocratique la présomption doit jouer en faveur de l'octroi du droit de vote au plus grand nombre (*Hirst*, précité, § 59), de telles mesures cadrent avec cette disposition. La question, toutefois, est de savoir si l'article 3 du Protocole n° 1 va jusqu'à les imposer. Pour y répondre, il convient d'interpréter cette disposition en ayant égard tant au droit international et comparé pertinent (*Yumak et Sadak*, précité, § 127, et *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], n° 34503/97, §§ 76 et 85, CEDH 2008) qu'au droit national de l'Etat concerné.

72. S'agissant, d'une part, du droit international, la Cour constate que ni les traités internationaux et régionaux pertinents – tels le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention américaine relative aux droits de l'homme ou la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples – ni leur interprétation par les organes internationaux compétents ne permettent de conclure que le droit de vote des personnes absentes à titre temporaire ou permanent du territoire de l'Etat dont elles sont les ressortissants irait jusqu'à imposer aux Etats concernés d'organiser les modalités de son exercice à l'étranger (paragraphes 26-31 ci-dessus).

73. Il est vrai que, afin de rendre plus effectif le droit de vote aux élections nationales, les organes du Conseil de l'Europe ont notamment invité les Etats membres à permettre à leurs citoyens vivant à l'étranger de participer autant que possible au processus électoral. Ainsi, la Résolution 1459 (2005) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (paragraphe 21 ci-dessus) indique que les Etats membres devraient prendre les mesures appropriées pour faciliter autant que possible l'exercice du droit de vote, notamment le vote par correspondance. De plus, dans sa Recommandation 1714 (2005),

l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a demandé à celui-ci de développer les activités visant à améliorer les conditions permettant l'exercice effectif des droits électoraux des groupes rencontrant des difficultés particulières, parmi lesquels les expatriés. La Commission de Venise a constaté pour sa part que, depuis les années 1980, la consécration du droit de voter depuis l'étranger avait gagné du terrain en Europe. Si elle a recommandé par ailleurs que les Etats membres facilitent l'exercice des droits électoraux des expatriés, elle y a vu non pas une obligation s'imposant aux Etats, mais plutôt une possibilité à envisager par le législateur de chaque pays, qui est invité à mettre en balance, d'une part, le principe du suffrage universel et, d'autre part, l'impératif de sécurité du vote, ainsi que des considérations d'ordre pratique (voir notamment le paragraphe 25 ci-dessus).

74. Par ailleurs, il ressort d'une étude comparative de la législation des Etats membres du Conseil de l'Europe en la matière que si, dans leur grande majorité, ceux-ci autorisent leurs ressortissants à voter à l'étranger, certains ne le permettent pas (paragraphe 38 ci-dessus). Toutefois, en ce qui concerne les Etats qui autorisent ce vote, une analyse plus approfondie révèle que l'exercice par les expatriés de leur droit de vote est organisé non pas de manière uniforme, mais selon des modalités variables. A titre d'exemple, certains pays autorisent, de manière cumulative ou non, le vote dans des bureaux de vote installés à l'étranger, le vote par correspondance ou, enfin, le vote par procuration ou le vote en ligne (paragraphe 34 ci-dessus). La durée du séjour à l'étranger est un autre élément pris en compte par les Etats membres. Ainsi, certains limitent le vote à l'étranger aux ressortissants vivant temporairement en dehors des frontières. Dans d'autres Etats membres, les expatriés perdent le droit de vote après un certain délai (paragraphe 35 ci-dessus). Par ailleurs, certains Etats contractants prévoient que les expatriés élisent leurs propres représentants au parlement national, dans des circonscriptions électorales créées à l'étranger (paragraphe 37 ci-dessus). Enfin, dans la majorité des Etats membres qui autorisent le vote à l'étranger, les personnes qui souhaitent se prévaloir de cette possibilité doivent auparavant se faire inscrire dans un certain délai sur les listes électorales, auprès des autorités du pays d'origine ou des représentations diplomatiques ou consulaires à l'étranger (paragraphes 39-45 ci-dessus).

75. Bref, aucun des instruments juridiques examinés précédemment ne permet de conclure que, en l'état actuel du droit, les Etats ont l'obligation de rendre possible l'exercice du droit de vote par les citoyens résidant à l'étranger. Quant aux modalités d'exercice de ce droit prévues par les Etats membres du Conseil de l'Europe qui autorisent le vote à l'étranger, elles présentent actuellement une grande variété.

76. En ce qui concerne, d'autre part, les règles de droit interne en cause en l'espèce, la Cour observe que l'article 51 § 4 de la Constitution dispose que «les modalités d'exercice du droit de vote par les électeurs qui se trouvent en dehors du territoire national peuvent être fixées par une loi (...). Le Conseil scientifique du Parlement a estimé pour sa part, dans un rapport du 31 mars 2009 portant sur le projet de loi relatif à l'exercice du droit de vote aux élections législatives par les électeurs grecs expatriés, que l'autorisation de l'exercice du droit de vote depuis l'étranger était facultative et non pas obligatoire pour le législateur, tout en soulignant que la doctrine n'était pas unanime à ce sujet (paragraphe 19 ci-dessus). En conclusion, il apparaît que si l'article 51 § 4 de la Constitution permet au législateur de mettre en œuvre l'exercice du droit de vote des Grecs expatriés depuis leur lieu de résidence, il ne l'y oblige pas pour autant. Dans ces conditions, et compte tenu des considérations développées précédemment (paragraphe 75 ci-dessus), la Cour estime qu'il ne lui revient pas d'indiquer aux autorités nationales à quel moment ni de quelle manière elles devraient mettre en œuvre l'article 51 § 4 de la Constitution.

77. De surcroît, depuis 2000, les autorités grecques ont tenté à plusieurs reprises de mettre en œuvre les dispositions de l'article 51 § 4. Par exemple, à l'occasion de la révision constitutionnelle de 2001, le contenu de ces dispositions a été précisé, en prévoyant que le principe du vote simultané n'excluait pas l'exercice du droit de vote par correspondance ou par un autre moyen approprié, à condition que le décompte des suffrages et la proclamation des résultats soient achevés en même temps que dans le pays (paragraphe 16 ci-dessus).

78. En outre, il y a lieu d'évoquer l'initiative législative prise en 2009, tendant à l'adoption de la loi prévue par l'article 51 § 4 de la Convention : un projet de loi déposé le 19 février 2009 au Parlement par les ministres des Affaires intérieures, de la Justice et de l'Economie, qui fixait les modalités d'exercice du droit de vote aux élections législatives par les électeurs grecs expatriés. Cependant, ce projet n'a pas été adopté faute d'avoir recueilli la majorité des deux tiers du nombre total des députés, requise par l'article 51 § 4 de la Constitution, tel que modifié après la révision constitutionnelle de 2001.

79. S'agissant enfin de la situation spécifique des requérants, la Cour n'a pas de raison de douter que, comme ils l'affirment, ils entretiennent des liens continus et étroits avec la Grèce et suivent de près les développements politiques, économiques et sociaux dans leur pays, dans le but d'y participer activement. La présomption selon laquelle un citoyen non résident serait moins directement ou moins constamment concerné par les problèmes quotidiens de son pays et les connaîtrait moins bien (paragraphe 69 ci-

dessus) ne se vérifie donc pas en l'espèce. Toutefois, de l'avis de la Cour, cela ne suffit pas à mettre en cause le bien-fondé de la situation juridique en Grèce. De toute façon, les autorités compétentes ne sauraient prendre en compte chaque cas individuel dans la réglementation des modalités de l'exercice du droit de vote mais doivent énoncer une règle générale (*Hilbe*, décision précitée).

80. Quant aux perturbations d'ordre financier, familial et professionnel qu'auraient subies les requérants s'ils avaient dû se rendre en Grèce afin de pouvoir exercer leur droit de vote lors des élections législatives de 2007, la Cour n'est pas convaincue qu'elles auraient été disproportionnées au point d'atteindre le droit de vote en question dans sa substance même.

3. Conclusion

81. Eu égard à ce qui précède, il n'a pas été porté atteinte, en l'espèce, à la substance même du droit de vote des requérants, protégé par l'article 3 du Protocole n° 1. Partant, cette disposition n'a pas été violée.

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

Dit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 3 du Protocole n° 1.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 15 mars 2012 en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Johan Callewaert
Greffier adjoint

Nicolas Bratza
Président

SITAROPOULOS AND GIAKOUМОPOULOS v. GREECE
(Application no. 42202/07)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 15 MARCH 2012¹

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

SUMMARY¹

Lack of legislation governing arrangements enabling nationals resident abroad to exercise their voting rights in parliamentary elections from their place of residence

Article 3 of Protocol No. 1

Vote – Free expression of the opinion of the people – Lack of legislation governing arrangements enabling nationals resident abroad to exercise their voting rights in parliamentary elections from their place of residence – Facilitating exercise of voting rights by expatriates – Not mandatory for States – Lack of European consensus concerning arrangements for exercise of this right – Wide margin of appreciation – Optional provision of the Constitution in place for thirty-five years – Failure of attempts to implement legislation for lack of political agreement – Similarity of interests between expatriates and residents not sufficient to call legal situation into question – General rules unable to take account of each individual situation – Disruption to financial, family and professional lives not disproportionate in this case

*

* * *

The applicants are two Greek nationals who are officials of the Council of Europe and are permanently resident in Strasbourg. In a letter of 10 September 2007 to the Greek ambassador in France, they expressed the wish to exercise their voting rights in their country of residence in the parliamentary elections to be held on 16 September 2007. Two days later the ambassador replied that their request could not be met because no rules existed laying down the conditions governing the exercise of voting rights by voters who were abroad. The general election took place on 16 September 2007 and the applicants, who did not travel to Greece, did not exercise their right to vote.

Held

Article 3 of Protocol No. 1: The applicants complained of the fact that the Greek legislature had not put in place arrangements enabling citizens living abroad to vote in parliamentary elections from their current place of residence. Although provision had been made in the Constitution for the last thirty-five years for voting arrangements to be made for expatriates, no measures had been taken to give effect

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

to that right. The Court therefore had to examine whether, despite the absence of legislation on the conditions for exercising the right to vote, the electoral system nevertheless permitted “the free expression of the opinion of the people” and preserved “the very essence of the right to vote”, in other words, whether Article 3 of Protocol No. 1 placed States under an obligation to introduce a system enabling expatriate citizens to exercise their voting rights from abroad.

Firstly, neither the relevant international and regional treaties nor their interpretation by the competent international bodies provided a basis for concluding that voting rights for persons temporarily or permanently absent from the State of which they were nationals extended to requiring the State concerned to make arrangements for their exercise abroad. It was true that the institutions of the Council of Europe had on several occasions invited the member States to enable their citizens living abroad to participate to the fullest extent possible in the electoral process. However, as pointed out by the Venice Commission, facilitating the exercise of expatriates’ voting rights, while certainly desirable, was not mandatory for States but rather was a possibility to be considered by the legislature in each country.

Secondly, a comparative survey of the legislation of Council of Europe member States showed that, as the law stood, it could not be argued that those States were under an obligation to enable their citizens living abroad to exercise the right to vote. While the great majority of the Contracting States allowed their nationals to vote from abroad, some did not. As to the conditions governing the exercise of that right, they currently varied considerably, which implied that the Contracting States had a wide margin of appreciation in the matter.

Thirdly, although the Greek Constitution contained a provision allowing the legislature to arrange for the exercise of expatriates’ voting rights from their place of residence, it did not oblige the legislature to do so, as its content was optional. Hence, it was not the Court’s place to indicate to the national authorities when and how to implement that provision. Furthermore, it was undeniable that the Greek authorities had made repeated attempts to give effect to the provision in question; however, those attempts had failed to secure political agreement.

Lastly, although the applicants were concerned by the issues in their country to the same extent as residents, that was not sufficient to call into question the legal situation in Greece. In any event, the competent authorities could not take account of every individual case in regulating the exercise of voting rights but had to lay down a general rule. As to the disruption to the applicants’ financial, family and professional life that would have been caused had they had to travel to Greece in order to vote, this did not appear to be disproportionate to the point of infringing the right relied upon.

Conclusion: no violation (unanimously).

Case-law cited by the Court

- X and Association Y v. Italy*, no. 8987/80, Commission decision of 6 May 1981, Decisions and Reports 24
- Mathieu-Mobin and Clerfayt v. Belgium*, 2 March 1987, Series A no. 113
- Polacco and Garofalo v. Italy*, no. 23450/94, Commission decision of 15 September 1997, Decisions and Reports 90-A
- Matthews v. the United Kingdom* [GC], no. 24833/94, ECHR 1999-I
- Hilbe v. Liechtenstein* (dec.), no. 31981/96, ECHR 1999-VI
- Hirst v. the United Kingdom* (no. 2) [GC], no. 74025/01, ECHR 2005-IX
- Ždanoka v. Latvia* [GC], no. 58278/00, ECHR 2006-IV
- Doyle v. the United Kingdom* (dec.), no. 30158/06, 6 February 2007
- Yumak and Sadak v. Turkey* [GC], no. 10226/03, ECHR 2008
- Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, ECHR 2008
- Glor v. Switzerland*, no. 13444/04, ECHR 2009
- Tănase v. Moldova* [GC], no. 7/08, ECHR 2010

In the case of Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece,
The European Court of Human Rights, sitting as a Grand Chamber
composed of:

Nicolas Bratza, *President*,
Jean-Paul Costa,
Françoise Tulkens,
Josep Casadevall,
Boštjan M. Zupančič,
Lech Garlicki,
Egbert Myjer,
Davíd Thór Björgvinsson,
Ján Šikuta,
Ineta Ziemele,
Luis López Guerra,
Nona Tsotsoria,
Ann Power-Forde,
Zdravka Kalaydjieva,
Vincent A. De Gaetano,
Angelika Nußberger, *judges*,
Spyridon Flogaitis, *ad hoc judge*,

and Johan Callewaert, *Deputy Grand Chamber Registrar*,

Having deliberated in private on 4 May 2011 and 18 January 2012,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 42202/07) 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 three Greek nationals, Mr Nikolaos Sitaropoulos, Mr Stephanos Stavros and Mr Christos Giakoumopoulos (“the applicants”), on 20 September 2007.

2. The applicants were represented by Mr I. Ktistakis, a member of the Athens Bar. The Greek Government (“the Government”) were represented by their Agent’s delegates, Ms K. Paraskevopoulou, Adviser at the State Legal Council, and Ms Z. Hatzipavlou, Legal Assistant at the State Legal Council.

3. The applicants alleged that their inability to vote from their place of residence amounted to disproportionate interference with the exercise

of their right to vote in parliamentary elections enshrined in Article 3 of Protocol No. 1.

4. The application was allocated to the First Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). Christos Rozakis, the judge elected in respect of Greece, withdrew from sitting in the case. The Government accordingly appointed Spyridon Flogaitis to sit as an *ad hoc* judge (former Article 27 § 2 of the Convention, and Rule 29 § 1).

5. On 8 July 2010 a Chamber of that Section, composed of Nina Vajić, President, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev, Dean Spielmann and Sverre Erik Jebens, judges, and Spyridon Flogaitis, *ad hoc* judge, and Søren Nielsen, Section Registrar, delivered a judgment in which it decided to strike the application out of the list of cases in respect of the second applicant. The Chamber held, by five votes to two, that the application was admissible in respect of the first and third applicants and that there had been a violation of Article 3 of Protocol No. 1.

6. On 22 November 2010, following a request from the Government of 7 October 2010, a panel of the Grand Chamber decided to refer the case to the Grand Chamber under Article 43 of the Convention.

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

8. The applicants and the Government each filed observations (Rule 59 § 1), as did the Hellenic League for Human Rights, which had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3).

9. A hearing was held in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 4 May 2011 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Ms K. Paraskevopoulou, Adviser,
State Legal Council,
Ms Z. Hatzipavlou, Legal Assistant,
State Legal Council,

Agent's Delegates;

(b) *for the applicants*

Mr I. Ktistakis, lawyer,

Counsel;

Ms A. Terzis, lawyer,

Adviser.

The Court heard addresses by Mr Ktistakis and Ms Hatzipavlou.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

10. The applicants were born in 1967 and 1958 respectively and live in Strasbourg. They are officials of the Council of Europe.

11. By Presidential Decree no. 154/2007 of 18 August 2007, the Greek Parliament was dissolved and a general election was called for 16 September 2007.

12. In a faxed letter of 10 September 2007 to the Greek ambassador in France, the applicants, who are permanently resident in France, expressed the wish to exercise their voting rights in France in the elections to be held on 16 September 2007.

13. On 12 September 2007 the ambassador, relying on the instructions and information provided by the Ministry of the Interior, replied as follows.

“[The Greek State] confirms its wish – frequently expressed at the institutional level – to enable Greek citizens resident abroad to vote from their place of residence. However, it is clear that this necessitates statutory rules which do not currently exist. In fact, such rules cannot be introduced by a simple administrative decision, as special measures are required for the setting-up of polling stations in embassies and consulates ... In the light of the above and despite the wish expressed by the State, your request concerning the forthcoming elections cannot be granted for objective reasons.”

14. The general election took place on 16 September 2007. The applicants, who did not travel to Greece, did not exercise their right to vote.

II. RELEVANT DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

A. Domestic law and practice

1. *The Greek Constitution of 1975*

15. The relevant provisions of the Constitution read as follows.

Article 1

“ ...

2. Popular sovereignty shall be the foundation of government.

3. All powers shall derive from the people and exist for the people and the nation; they shall be exercised as specified by the Constitution.”

Article 51 (before the 2001 revision of the Constitution)

- “1. The number of members of parliament shall be defined by law. It shall not be below two hundred or above three hundred.
2. The members of parliament shall represent the nation.
3. The members of parliament shall be elected through direct universal suffrage and by secret ballot, by those citizens who have the right to vote, as specified by law. The law shall not curtail citizens’ right to vote except in cases where the statutory minimum age has not been attained, in cases of legal incapacity or in connection with a final criminal conviction for certain offences.
4. Parliamentary elections shall be held simultaneously throughout the country. The conditions governing the exercise of the right to vote by persons outside the country may be specified by statute.
5. The exercise of the right to vote shall be mandatory. Exceptions and criminal sanctions shall be specified in each case by law.”

Article 54

- “1. The electoral system and constituencies shall be specified by a law which will apply to the elections immediately following the forthcoming elections unless an explicit provision, adopted by a majority of two-thirds of the total number of members of parliament, stipulates that it is to apply as of the forthcoming elections.
2. The number of members of parliament elected in each constituency shall be specified by presidential decree on the basis of the population of the constituency for legal purposes, derived, according to the latest census, from the number of persons registered on the relevant municipal rolls, as provided for by law. The results of the census for this purpose shall be those published on the basis of the data held by the relevant department one year after the last day of the census.
3. Part of the Parliament, comprising not more than one-twentieth of the total number of its members, may be elected on a uniform nationwide basis in proportion to the total votes won by each party throughout the country, as specified by law.”

Article 108

- “1. The State must be attentive to the situation of emigrant Greeks and to the maintenance of their ties with the homeland. The State shall also attend to the education and the social and professional advancement of Greeks working outside the State.
2. The law shall lay down arrangements relating to the organisation, operation and competences of the World Council of Hellenes Abroad, whose mission is to allow the full expression of Hellenism worldwide.”

The second paragraph of Article 108 was added during the 2001 revision of the Constitution.

16. In 2001, Article 51 § 4 was amended as follows:

“Parliamentary elections shall be held simultaneously throughout the country. The conditions governing the exercise of the right to vote by persons living outside the country may be specified by statute, adopted by a majority of two-thirds of the total number of members of parliament. Concerning such persons, the principle of holding elections simultaneously does not rule out the exercise of their right to vote by postal vote or other appropriate means, provided that the counting of votes and the announcement of the results are carried out at the same time as within the country.”

2. The electoral legislation in force at the material time

17. At the time of the parliamentary elections in issue, Presidential Decree no. 96/2007, which was the electoral legislation then in force, provided as follows.

Article 4 – Right to vote

“1. Any Greek national aged 18 or over shall be entitled to vote. ...”

Article 5 – Forfeiture of the right

“The following persons shall lose the right to vote:

- (a) persons who have been placed under guardianship, in accordance with the provisions of the Civil Code;
- (b) persons whose final conviction for one of the offences provided for in the Criminal Code or the Military Criminal Code is accompanied by a measure disqualifying them from voting for the duration of their sentence.”

Article 6 – Exercise of the right

“1. The right to vote in a constituency shall be reserved to those persons registered on the electoral roll of a municipality or local authority area within that constituency.

2. The exercise of the right to vote shall be mandatory.”

3. Bill entitled “Exercise of the right to vote in parliamentary elections by Greek voters living abroad”

18. The report on this bill placed before Parliament by the Ministers of the Interior, Justice and the Economy on 19 February 2009 indicated that the purpose of the bill was to fulfil “one of the government’s major historical obligations, one which undeniably reinforces Greek expatriates’ ties with the homeland”. The report stated that voting rights for Greek nationals living abroad arose out of both Article 108 and Article 51 § 4 of the Constitution. It pointed out in particular that Article 108 “affords Greek expatriates a ‘social right’. This provision obliges the Greek State to take all necessary measures to maintain Greek expatriates’ ties with Greece, to ensure that they have access

to Greek education and to make provision, as a matter of State duty, for the social and professional advancement of Greeks working outside Greece. Regulating the conditions for the exercise by Greek expatriates of their right to vote in Greek parliamentary elections will undeniably contribute to real ties being forged between Greek expatriates and their homeland.” Moving on to the constitutional provision on this specific subject, namely Article 51 § 4, the report characterised the statute to which that Article referred as a law implementing the Constitution. Lastly, the report considered that “in these times of globalisation, it is self-evident that Greek expatriates should have a decisive say in the development of their own country”.

19. The Scientific Council (*Επιστημονικό Συμβούλιο*) of Parliament is a consultative body reporting to the Speaker of Parliament. It comprises ten members, including professors of law, political science, economics, statistics and information technology, and an expert in international relations. It produced a report dated 31 March 2009 on the above-mentioned bill. The report noted that, in the past, some legal authorities had argued that Article 51 § 4 of the Constitution imposed upon the legislature an obligation to permit expatriate Greeks to exercise the right to vote from outside Greece. However, referring to other legal authorities and to the preparatory work for Article 51 § 4 of the Constitution, it asserted that it was an option rather than a duty for the legislature to permit the exercise of voting rights from abroad. It also took the view that the optional nature of the above-mentioned provision of the Constitution had not been affected by the 2001 constitutional revision.

20. On 7 April 2009 the bill was rejected by Parliament since it failed to secure the majority of two-thirds of the total number of members of parliament required under Article 51 § 4 of the Constitution. The members of parliament, especially those on the opposition benches, referred in particular to the number of Greek citizens living abroad compared with the numbers resident in Greece, and to the implications this would have for the composition of the legislature.

B. International law and practice

1. *Texts adopted by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe*

21. The relevant texts adopted by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe read as follows.

(a) Resolution 1459 (2005) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe – Abolition of restrictions on the right to vote

“...

2. In accordance with the opinion of the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) adopted in December 2004, [the Parliamentary Assembly] ... invites the member and observer States of the Organisation to reconsider all existing restrictions to electoral rights and to abolish all those that are no longer necessary and proportionate in pursuit of a legitimate aim.

3. The Assembly considers that, as a rule, priority should be given to granting effective, free and equal electoral rights to the highest possible number of citizens, without regard to their ethnic origin, health, status as members of the military or criminal record. Due regard should be given to the voting rights of citizens living abroad.

...

7. Given the importance of the right to vote in a democratic society, the member countries of the Council of Europe should enable their citizens living abroad to vote during national elections bearing in mind the complexity of different electoral systems. They should take appropriate measures to facilitate the exercise of such voting rights as much as possible, in particular by considering absentee (postal), consular or e-voting, consistent with Recommendation Rec(2004)11 of the Committee of Ministers to member States on legal, operational and technical standards for e-voting. Member States should cooperate with one another for this purpose and refrain from placing unnecessary obstacles in the path of the effective exercise of the voting rights of foreign nationals residing on their territories.

...

11. The Assembly therefore invites:

i. the Council of Europe member and observer States concerned to:

...

b. grant electoral rights to all their citizens (nationals), without imposing residency requirements;

c. facilitate the exercise of expatriates' electoral rights by providing for absentee voting procedures (postal and/or consular voting) and considering the introduction of e-voting consistent with Recommendation Rec(2004)11 of the Committee of Ministers and to cooperate with one another to this end;

...”

(b) Recommendation 1714 (2005) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe – Abolition of restrictions on the right to vote

“1. Referring to its Resolution 1459 (2005) on the abolition of restrictions on the right to vote, the Parliamentary Assembly calls upon the Committee of Ministers to:

- i. appeal to member and observer States to:
 - a. sign and ratify the 1992 Council of Europe Convention on the Participation of Foreigners in Public Life at Local Level (ETS No. 144) and to grant active and passive electoral rights in local elections to all legal residents; and
 - b. reconsider existing restrictions on electoral rights of prisoners and members of the military, with a view to abolishing all those that are no longer necessary and proportionate in pursuit of a legitimate aim;
- ii. invite the competent services of the Council of Europe, in particular the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) and its Council for Democratic Elections, to develop their activities aimed at improving the conditions for the effective exercise of election rights by groups facing special difficulties, such as expatriates, prison inmates, persons who have been convicted of a criminal offence, residents of nursing homes, soldiers or nomadic groups;
- iii. review existing instruments with a view to assessing the possible need for a Council of Europe convention to improve international cooperation with a view to facilitating the exercise of electoral rights of expatriates.”

2. Texts adopted by the European Commission for Democracy through Law (the Venice Commission)

(a) Code of Good Practice in Electoral Matters (Opinion no. 190/2002)

22. The Code states that “the right to vote and to be elected may be accorded to citizens residing abroad” (point I.1.1.c.v.). The explanatory report makes the following indication in this regard:

“... the right to vote and/or the right to stand for election may be subject to *residence* requirements, residence in this case meaning habitual residence. ... Conversely, quite a few States grant their nationals living abroad the right to vote, and even to be elected. This practice can lead to abuse in some special cases, e.g. where nationality is granted on an ethnic basis.”

23. The other relevant parts of the Code provide:

“...

3.2 Freedom of voters to express their wishes and action to combat electoral fraud

- i. voting procedures must be simple;
- ii. voters should always have the possibility of voting in a polling station. Other means of voting are acceptable under the following conditions:

iii. postal voting should be allowed only where the postal service is safe and reliable; the right to vote using postal votes may be confined to people who are in hospital or imprisoned or to persons with reduced mobility or to electors residing abroad; fraud and intimidation must not be possible;

iv. electronic voting should be used only if it is safe and reliable; in particular, voters should be able to obtain a confirmation of their votes and to correct them, if necessary, respecting secret suffrage; the system must be transparent;

v. very strict rules must apply to voting by proxy; the number of proxies a single voter may hold must be limited;

..."

**(b) 2006 report on electoral law and electoral administration in Europe
(Study no. 352/2005)**

24. The report notes, among other things, the following:

"Voting rights for citizens abroad

57. External voting rights, e.g. granting nationals living abroad the right to vote, are a relatively new phenomenon. Even in long-established democracies, citizens living in foreign countries were not given voting rights until the 1980s (e.g. Federal Republic of Germany, United Kingdom) or the 1990s (e.g., Canada, Japan). In the meantime, however, many emerging or new democracies in Europe have introduced legal provisions for external voting (out-of-country voting, overseas voting). Although it is yet not common in Europe, the introduction of external voting rights might be considered, if not yet present. However, safeguards must be implemented to ensure the integrity of the vote ...

..."

152. Postal voting is permitted in several established democracies in western Europe, e.g. Germany, Ireland, Spain, Switzerland ... It was also used, for example, in Bosnia and Herzegovina and the Kosovo in order to ensure maximum inclusiveness of the election process (CG/BUR (11) 74). However, it should be allowed only if the postal service is secure and reliable. Each individual case must be assessed as to whether fraud and manipulation are likely to occur with postal voting.

..."

(c) 2011 report on out-of-country voting (Study no. 580/2010)

25. The conclusions of this report read as follows.

"91. National practices regarding the right to vote of citizens living abroad and its exercise are far from uniform in Europe.

92. However, developments in legislation, such as the judgment delivered recently by the European Court of Human Rights in a case concerning Greece, which is not

yet final, point to a favourable trend in out-of-country voting, in national elections at least, as regards citizens who have maintained ties with their country of origin.

93. That is true at least of persons who are temporarily out of the country. But definitions of the temporary nature of a stay abroad vary greatly and if this criterion is adopted, it should be clarified.

94. Distinctions should also be drawn according to the type of elections. National, single-constituency elections are easier to open up to citizens resident abroad, while local elections are generally closed to them, particularly on account of their tenuous link with local politics.

95. The proportions of citizens living out of the country may also vary greatly from one country to another. When there are a large number of them, they may have a decisive impact on the outcome of the election, which may justify the implementation of specific measures.

96. It is perfectly legitimate to require voters living abroad to register to be able to vote, even if registration is automatic for residents.

97. The obligation to vote in an embassy or consulate may in practice severely restrict the right to vote of citizens living abroad. This restriction may be justified on the grounds that the other means of voting (postal vote, proxy voting, e-voting) are not always reliable.

98. To sum up, while the denial of the right to vote to citizens living abroad or the placing of limits on that right constitutes a restriction of the principle of universal suffrage, the Commission does not consider at this stage that the principles of the European electoral heritage require the introduction of such a right.

99. Although the introduction of the right to vote for citizens who live abroad is not required by the principles of the European electoral heritage, the European Commission for Democracy through Law suggests that States, in view of citizens' European mobility, and in accordance with the particular situation of certain States, adopt a positive approach to the right to vote of citizens living abroad, since this right fosters the development of national and European citizenship."

3. International Covenant on Civil and Political Rights

26. The right to vote is enshrined in Article 25 of the Covenant, the relevant parts of which read as follows:

"Every citizen shall have the right and the opportunity, without any of the distinctions mentioned in Article 2 and without unreasonable restrictions:

...

(b) To vote and to be elected at genuine periodic elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret ballot, guaranteeing the free expression of the will of the electors;

..."

During the drafting of the General Comment on Article 25 of the Covenant, which was published on 12 July 1996 by the Human Rights Committee, a proposal was made calling on States to enable their nationals residing overseas to make use of absentee postal-voting systems where such systems were available. However, as the Human Rights Committee could not agree on the proposal, it was not included in the General Comment.

4. American Convention on Human Rights

27. Article 23 of the said Convention provides as follows:

“1. Every citizen shall enjoy the following rights and opportunities:

a. to take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives;

b. to vote and to be elected in genuine periodic elections, which shall be by universal and equal suffrage and by secret ballot that guarantees the free expression of the will of the voters; and

c. to have access, under general conditions of equality, to the public service of his country.

2. The law may regulate the exercise of the rights and opportunities referred to in the preceding paragraph only on the basis of age, nationality, residence, language, education, civil and mental capacity, or sentencing by a competent court in criminal proceedings.”

28. The right to vote under Article 23 is not absolute and may be subject to restrictions on the grounds expressly laid down in the second paragraph, which include “residence”. However, not every restriction of the right to vote based on residence is justified.

29. In the case of *Statehood Solidarity Committee v. United States* (Case 11.204, Report no. 98/03 of 29 December 2003), the Inter-American Commission on Human Rights held that the approach to the interpretation and application of the right guaranteed under Article 23 of the American Convention was consistent with the case-law of the other international systems of human rights protection whose treaties provided similar guarantees. It referred in that regard to the case-law of the European Court of Human Rights and the United Nations Human Rights Committee:

“93. ... Like the European Court and this Commission, the UN Human Rights Committee has recognized that the rights protected under Article 25 of the ICCPR [International Covenant on Civil and Political Rights] are not absolute, but that any conditions that apply to the right to political participation protected by Article 25 should be based on ‘objective and reasonable criteria’. The Committee has also found that in light of the fundamental principle of proportionality, greater restrictions on political rights require a specific justification.

..."

5. Human rights protection system based on the African Charter on Human and Peoples' Rights

30. Article 13 § 1 of this Charter is worded as follows:

"Every citizen shall have the right to participate freely in the government of his country, either directly or through freely chosen representatives in accordance with the provisions of the law."

31. Taking the view that this provision was similar in substance to Article 25 of the International Covenant, the African Commission on Human and Peoples' Rights interpreted Article 13 of the Charter in the light of the Human Rights Committee's General Comment on Article 25. It therefore held that any conditions applicable to the exercise of Article 25 rights should be based on objective and reasonable criteria established by law (see *Purohit and Moore v. The Gambia*, Communication no. 241/2001, § 76).

C. Comparative law

32. According to the comparative-law materials available to the Court on the legislation of member States of the Council of Europe concerning the right to vote from abroad, the majority of the countries concerned authorise and have implemented procedures to allow their nationals resident abroad to vote in parliamentary elections. However, the situation varies greatly and the different scenarios do not lend themselves to classification into neat categories. A distinction can nevertheless be made between two broad categories: those member States which permit their citizens to vote from abroad, on the basis of a variety of arrangements; and those which, as a general rule, do not. Lastly, most of the member States which allow voting from abroad lay down administrative procedures for the registration of expatriates on the electoral roll.

1. Arrangements for voting from abroad in the countries which authorise it in principle

33. Thirty-seven member States fall into this category: Austria, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, the Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Georgia, Germany, Hungary, Iceland, Italy, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, the Republic of Moldova, Monaco, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Romania, Russia, Serbia, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, "the former Yugoslav Republic of Macedonia", Turkey, Ukraine and the United Kingdom.

34. The above-mentioned countries provide either for voting in polling stations abroad or postal voting, or both. The following seventeen countries allow voting in embassies or consulates or in polling stations set up elsewhere: Bulgaria, Croatia, the Czech Republic, Denmark, Finland, France, Georgia, Hungary, Iceland, the Republic of Moldova, Norway, Poland, Romania, Russia, Serbia, “the former Yugoslav Republic of Macedonia” and Ukraine.

Eight countries (Austria, Germany, Italy, Liechtenstein, Luxembourg, the Netherlands, Portugal and Slovakia) allow their citizens living abroad to vote by post only, either through an embassy or consulate or by writing directly to the competent national authority. The possibility of voting either at an embassy (or consulate) or by post is provided for in Belgium, Bosnia and Herzegovina, Estonia, Latvia, Lithuania, Slovenia, Spain and Sweden. A handful of countries – Belgium, France, the Netherlands, Switzerland and the United Kingdom – also allow voting by proxy. In Monaco, proxy voting is the sole means by which nationals of that country can vote from abroad.

A few States (the Netherlands and Switzerland) allow Internet voting. This type of voting is already enshrined in law and in operation in Estonia, while it is under consideration in Spain.

35. In five member States (Bosnia and Herzegovina, Denmark, Hungary, Liechtenstein and “the former Yugoslav Republic of Macedonia”), only persons temporarily resident outside the country have the right to vote from abroad. In the last-mentioned country, the law refers explicitly to persons living and working abroad temporarily. In some countries, expatriates lose the right to vote after a certain period of time (fifteen years in the United Kingdom and twenty-five years in Germany).

36. Certain countries such as Austria, Hungary, Slovenia and Ukraine allow external voting only with the permission of the host country.

37. In four countries – Croatia, France, Italy and Portugal – expatriates may elect their own representatives to the national parliament in constituencies set up outside the country. In Portugal, each of the two constituencies elects a member of parliament. French citizens living abroad participate in the election of twelve members of the Senate via the 150-strong Assembly of French Expatriates. From 2012, they will also be able to elect eleven members to the National Assembly. In Croatia and Italy, the number of parliamentary seats allocated to expatriate constituencies depends on the number of votes cast.

2. Countries which do not grant the right to vote from abroad or impose significant restrictions on it

38. Eight member States – Albania, Andorra, Armenia, Azerbaijan, Cyprus, Malta, Montenegro and San Marino – do not allow voting from

abroad in parliamentary elections. In particular, in Albania, the electoral code in force contains no provisions concerning voting from abroad. In Ireland, strict rules are laid down, with postal voting for expatriates being confined to members of the police and armed forces and to Irish diplomats and their spouses. The right is therefore limited to a specific, very small group of individuals. Under the legislation in Montenegro and San Marino, persons resident abroad may vote only in their own country.

3. Administrative procedures for registration of expatriates on the electoral roll

39. In at least twenty-two of the member States which allow voting from abroad, persons wishing to avail themselves of this facility must apply by a certain deadline to be registered on the electoral roll, either to the authorities in their country of origin or to the diplomatic or consular mission abroad.

40. In Bosnia and Herzegovina an application for registration must be made before each election to the country's central electoral commission. In Denmark, persons eligible to vote have to submit an application to the last municipality in which they lived. In Hungary, voters may request registration at the diplomatic or consular mission, by filling out an application to the local electoral bureau within the specified time-limit. In Germany and Luxembourg, the request must be made to the local authorities. In Slovakia, voters living abroad must request registration on a special electoral roll held by the municipal authorities of Bratislava-Petržalka. In Slovenia, persons voting abroad must notify the national electoral commission, while in Serbia they must request registration on the electoral roll as foreign residents. Spanish voters must apply to the provincial branch of the electoral bureau for registration on the special list of absentee voters. In the United Kingdom, overseas voters must re-register each year with their local electoral registration office.

41. In some countries, the request must be sent to the diplomatic mission or consulate, which either draws up the list of voters itself or forwards requests to the competent authority in the country of origin. Belgian citizens included on the population register held by the diplomatic mission or consulate must complete a form indicating the municipality in which they wish to be registered and the voting method they will use. The form is then sent to the municipality concerned and the person's name is added to the list of expatriate voters.

42. In Bulgaria, the Czech Republic, Poland and Russia, the list of expatriate voters is drawn up by the diplomatic or consular mission on the basis of requests from voters. Croatian citizens wishing to vote abroad must register with the Croatian embassy or consulate. Latvian voters who

wish to vote by post have to apply to the diplomatic mission or consulate concerned, where they are registered on a special list. In the Netherlands, expatriates eligible and wishing to vote must request registration on the electoral roll of Dutch nationals living abroad by applying to the head of the consular mission, who forwards the request to The Hague. In Portugal, voting abroad entails prior registration on a consular list of voters. Swiss citizens living abroad must apply to the diplomatic or consular mission with which they are registered. The application is forwarded to the municipality in which the person concerned habitually voted, and he or she is registered on the electoral roll there. In “the former Yugoslav Republic of Macedonia”, expatriate voters are registered on the country’s electoral roll after applying to the diplomatic mission or consulate. In Turkey, expatriate voters must register on a special electoral roll by submitting a declaration of residence to the nearest consulate.

43. In other countries, expatriate voters do not have to complete any formalities in order to register, as the authorities register them automatically on the basis of the existing lists of voters. This is the case in Estonia, Finland, France, Georgia, Iceland, Italy, Lithuania, the Republic of Moldova, Norway, Romania, Sweden and Ukraine. Voters who are not on the electoral roll may register on request (for instance in France, Georgia, Italy and Ukraine).

44. In Iceland, voters must re-register on the national electoral roll after eight years’ residence abroad; in Norway and Sweden, the time-limit is ten years.

45. In some countries which have automatic registration, expatriates must complete certain formalities in order to vote in their country of origin. For instance, Italian voters resident abroad who wish to vote in Italy must inform the relevant consular authority in writing. French expatriates must request registration on the electoral roll in France if they wish to vote there.

THE LAW

ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 3 OF PROTOCOL No. 1

46. The applicants alleged that their inability to vote from their place of residence amounted to disproportionate interference with the exercise of their right to vote in the 2007 parliamentary elections, in breach of Article 3 of Protocol No. 1, which provides:

“The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.”

A. The Chamber judgment

47. In its judgment of 8 July 2010, the Chamber held that there had been a violation of Article 3 of Protocol No. 1. It took the view that the present case did not concern the recognition of the applicants' right to vote as such, which was already recognised under the Greek Constitution, but rather the conditions governing the exercise of that right by Greek nationals living abroad. On this point the Chamber noted that Article 51 § 4 of the Greek Constitution, adopted in 1975 and clarified during the 2001 constitutional revision, empowered the legislature to specify the conditions in question. Although the applicants still had the option of travelling to Greece in order to vote, in practice this complicated significantly the exercise of that right, as it entailed expense and disruption to their professional and family lives.

48. The Chamber acknowledged that Article 3 of Protocol No. 1 did not impose any obligation to secure voting rights in parliamentary elections to voters living abroad. However, the constitutional provision in question (Article 51 § 4) could not remain inapplicable indefinitely, depriving its content and the intention of its drafters of any normative value. Thirty-five years (at the time of the judgment) after the enactment of Article 51 § 4, the Greek legislature had still not given effect to its content.

49. The Chamber also held that the failure to enact legislation giving practical effect to voting rights for expatriates was likely to constitute unfair treatment of Greek citizens living abroad – particularly those living at a considerable distance – in comparison with those living in Greece, despite the fact that the Council of Europe had urged member States to enable their citizens living abroad to participate to the fullest extent possible in the electoral process. On the basis of a comparative study of the domestic law in thirty-three member States of the Council of Europe, the Chamber observed that the great majority had implemented procedures towards that end, and concluded that Greece fell short of the common denominator among member States in that regard.

B. The parties' submissions

1. *The applicants*

50. The applicants submitted that the right of Greek citizens to vote from abroad had first been recognised in 1862 in the election of members to the Second National Assembly, when Greek citizens had been able to vote from their places of residence abroad. A significant section of academic opinion on Greek constitutional law, and also the Greek courts, were of the view that a constitutional provision guaranteeing a right of such

importance as the right to vote could not remain inapplicable indefinitely. The applicants pointed out in particular that, when faced with the same issue concerning Article 24 § 6 of the Constitution, which provided for the enactment of a law on measures restricting ownership rights for the purposes of protecting the cultural environment and on the manner in which owners were compensated, the full Supreme Administrative Court had held that, in so far as the legislature had not enacted the implementing law in question, “the authorities were under the obligation, arising directly out of the Constitution, to ensure the continuing protection of the monument and, simultaneously, to compensate the affected owner”. In the applicants’ view, the requirement for the Greek legislature to pass legislation in accordance with Articles 108 and 51 § 4 of the Constitution was binding and not optional. They submitted that the delay of thirty-six years, imputable to the Greek State, in giving effect to a specific provision of the Constitution and making effective the right of expatriates to vote from abroad amounted to a violation of Article 3 of Protocol No. 1.

51. In the applicants’ view, the stance taken by the Court in *Hilbe v. Liechtenstein* ((dec.), no. 31981/96, ECHR 1999-VI) was not relevant in the instant case. Unlike the applicant in that case, they were already registered on the electoral roll and their right to vote was explicitly recognised in domestic law. Hence, they were not complaining about a restriction on their right to vote as such, but about the failure to adopt the arrangements needed to give effect to that right.

52. The applicants stated that they followed political developments in their country of origin with particular interest and wished to maintain close ties with Greece. In particular, they pointed out that they were registered on the electoral roll in Greece, held valid Greek passports, owned immovable property in Greece on which they paid income tax and were still authorised to practise as lawyers in Greece. They maintained that being unable to vote in the Greek parliamentary elections from their State of residence constituted interference with their voting rights, in breach of both the Greek Constitution and the Convention. That interference arose out of the fact that they would have to travel to Greece in order to exercise their right to vote. The applicants acknowledged that they could fly to Samos and Thessaloniki, their respective home towns, for parliamentary elections. However, that possibility did not alter the substance of their claim, namely that they would thereby incur significant expense and that their professional and family life would be disrupted since they would be obliged to be away from their work and families for a few days.

53. In the applicants’ view, it was clear from the Council of Europe instruments, and in particular Parliamentary Assembly Resolution 1459

(2005), Recommendation 1714 (2005) and the Venice Commission's Code of Good Practice in Electoral Matters, that member States were under an obligation to make the right to vote effective. They noted that, according to the study to which the Chamber referred in its judgment of 8 July 2010, at least twenty-nine Council of Europe member States guaranteed in practice the right of expatriates to vote from abroad in parliamentary elections.

2. The Government

54. The Government argued that the constitutionally recognised possibility of enacting legislation governing the exercise of the right to vote by voters living outside Greece could not be a decisive factor in determining whether there had been a violation of Article 3 of Protocol No. 1 in the present case. In particular, they stressed that Article 51 § 4 of the Constitution, far from imposing any obligation on the legislature, was optional in nature. Moreover, the Court's case-law on Article 3 of Protocol No. 1 recognised that Contracting States had a wide margin of appreciation when it came to organising their electoral systems. The Government added that, in accordance with Article 51 § 4 of the Constitution, voting arrangements for Greek nationals outside Greece had to be adopted by a majority of two-thirds of Parliament; this confirmed the need to secure very broad political consensus on the subject in Greece. Furthermore, it had already attempted to pass a law in 2009 on voting rights for Greek expatriates, a fact which demonstrated the political will to find a solution to the problem. In the Government's view, defining these arrangements was an extremely complex and delicate political issue. Blanket recognition of the right of expatriates to vote in parliamentary elections from their place of residence could give rise to considerable political and economic problems, not just in Greece but also in other member States of the Council of Europe.

55. The Government referred to the case-law of the Court and the former European Commission of Human Rights regarding the compatibility with Article 3 of Protocol No. 1 of measures making the right to vote subject to a residence requirement. They contended that, according to that case-law, imposing such a requirement was justifiable. They referred to the legitimate concern of the legislature to limit the influence of citizens living abroad in parliamentary elections, which focused primarily on issues affecting citizens living in the country. In the Government's view, expatriates could not legitimately argue that they were affected by the decisions of the country's political institutions to a greater extent than Greek citizens living in Greece.

56. Referring in particular to the parliamentary input into the 2001 revision of the Constitution, the Government observed that the legislation referred to in Article 51 § 4 of the Constitution continued to be optional.

Although Article 51 § 4 made reference for the first time to postal voting, the latter was purely optional. Furthermore, the exercise of postal voting had to comply with the constitutional principle of simultaneous conduct of parliamentary elections. The Government also reiterated the reasons for requiring an enhanced two-thirds majority for enactment of the implementing legislation referred to in Article 51 § 4 of the Constitution, namely the need for political consensus in view of the considerable numbers of Greek citizens living abroad (some 3,700,000 persons compared with a population of 11,000,000 living in Greece). For instance, there were around 1,850,000 Greek citizens living in the United States and some 558,000 in Australia. Hence, according to the Government, the broadest possible consensus among the political parties was needed in order to prevent political tensions arising out of the *de facto* increase in the electorate.

57. The Government argued that Greek citizens who had their permanent residence abroad developed social, economic, political and cultural ties in their host country and that the main centre of their interests lay there. In addition, any comparison between Greece and other countries which had granted expatriates the right to vote from their place of residence had to take into account the specific features of each case, in particular the number of citizens living outside their country of origin, the socio-political context in each country and the electoral system in place.

58. The Government further submitted that the participation of expatriate Greeks in parliamentary elections could not be compared to the exercise of the right to vote in elections to the European Parliament. In the latter case, it was merely a matter of granting voting rights to a section of expatriate Greeks, namely those resident in member States of the European Union, an obligation arising directly out of European Union law and specifically provided for in domestic legislation.

59. To sum up, the Government pointed out that the applicants satisfied the requirements laid down by the electoral legislation for the purposes of exercising their right to vote in Greece. The issue of granting expatriates the right to vote from their place of residence fell within the margin of appreciation of the domestic authorities, who could decide how and when to grant that right.

3. The third-party intervener

60. The Hellenic League for Human Rights, established in 1953, is the oldest non-governmental organisation in Greece and a member of the International Federation for Human Rights. It noted the paradoxical situation with regard to voting rights for expatriates from their place of residence. While the right of expatriates to participate in the political

decisions of the “motherland” was not disputed, the principle in question, which had acquired constitutional value, appeared to be ineffective: although ten years had elapsed since the constitutional revision of 2001, the constitutional requirement to adopt “postal voting” for Greeks resident abroad had not yet been enforced.

61. The debate on expatriates’ political rights hinged on two opposing ideas and the majority of positions and practices of States, with different variants and nuances, fell within the two extremes. The first was the idea of a political community based entirely on territory while the second was that of a community beyond territory, formed by links of solidarity which united the nation. The third-party intervener cited J. Habermas, according to whom the notion of the democratic self-determination of a community “require[d] that those who [were] subject to the law and those to whom the law [made] reference should consider themselves to be the creators of the law”. This quotation reflected a notion of the status of citizen that primarily viewed residence on a territory as the decisive criterion but took objective account of the fact that it was not absolutely necessary for individuals to reside on the territory of a State in order for them to feel that they had vital links with that State. There was an increasing realisation that “it [was] possible to live at home and far from home”. This transnational approach to citizenship rendered obsolete a debate on voting rights for expatriates based solely on a territorial understanding of citizenship. The fact that electoral campaigns were now conducted principally via computer-based social networks (such as Facebook and Twitter) proved that the argument of “distance” between the expatriate and his or her country of origin was no longer as relevant as it had been a few years previously.

62. In the view of the third-party intervener, the response to the dilemma of whether to grant political rights to expatriates could not be an “all or nothing” one. There was a need to define an objective criterion by which to assess whether or not expatriates had meaningful links with the Greek State and thus decide whether they should be included in the electorate. The League observed that in most member States of the European Union which provided for electoral rights for expatriates, the usual precondition was registration on the electoral roll of the State concerned at the embassy or consulate located in the region in question. Accordingly, the only objectively reliable criterion for the granting or otherwise of “a postal vote or other appropriate means” would appear to be whether or not electoral rolls existed at the overseas consulate. The response to the demands of the Greek diaspora to participate in Greek elections should be graduated in order to take account, in a proportionate and balanced manner, of the way

in which the democratic process in the country of origin influenced the lives of expatriates.

C. The Court's assessment

1. General principles

63. The Court reiterates that Article 3 of Protocol No. 1 enshrines a characteristic principle of an effective political democracy and is accordingly of prime importance in the Convention system (see *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, 2 March 1987, § 47, Series A no. 113). This Article would appear at first to differ from the other provisions of the Convention and its Protocols, as it is phrased in terms of the obligation of the High Contracting Parties to hold elections under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people rather than in terms of a particular right or freedom. However, having regard to the *travaux préparatoires* of Article 3 of Protocol No. 1 and the interpretation of the provision in the context of the Convention as a whole, the Court has held that it also implies individual rights, including the right to vote and the right to stand for election (*ibid.*, § 51). It has also held that the standards to be applied for establishing compliance with Article 3 of Protocol No. 1 must be considered to be less stringent than those applied under Articles 8 to 11 of the Convention (see *Ždanoka v. Latvia* [GC], no. 58278/00, § 115, ECHR 2006-IV).

64. The concept of "implied limitations" under Article 3 of Protocol No. 1 is of major importance for the determination of the relevance of the aims pursued by the restrictions on the rights guaranteed by this provision (see *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, cited above, § 52). Given that Article 3 of Protocol No. 1 is not limited by a specific list of "legitimate aims" such as those enumerated in Articles 8 to 11 of the Convention, the Contracting States are free to rely on an aim not contained in such a list to justify a restriction, provided that the compatibility of that aim with the principle of the rule of law and the general objectives of the Convention is proved in the particular circumstances of a case (see *Ždanoka*, cited above). Nevertheless, it is for the Court to determine in the last resort whether the requirements of Article 3 of Protocol No. 1 have been complied with; it has to satisfy itself that the conditions to which the right to vote and the right to stand for election are made subject do not curtail the rights in question to such an extent as to impair their very essence and deprive them of their effectiveness; that they meet the requirements of lawfulness; that they are imposed in pursuit of a legitimate aim; and that the means employed are

not disproportionate (see *Tănase v. Moldova* [GC], no. 7/08, § 162, ECHR 2010, and *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, cited above, § 52).

65. As regards, in particular, the choice of electoral system, the Court reiterates that the Contracting States enjoy a wide margin of appreciation in this sphere. In that regard, Article 3 of Protocol No. 1 goes no further than prescribing “free” elections held at “reasonable intervals”, “by secret ballot” and “under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people”. Subject to that reservation, it does not create any “obligation to introduce a specific system” such as proportional representation or majority voting with one or two ballots (see *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, cited above, § 54).

66. There are numerous ways of organising and running electoral systems and a wealth of differences, *inter alia*, in historical development, cultural diversity and political thought within Europe which it is for each Contracting State to mould into its own democratic vision (see *Hirst v. the United Kingdom* (no. 2) [GC], no. 74025/01, § 61, ECHR 2005-IX). For the purposes of applying Article 3 of Protocol No. 1, any electoral legislation must be assessed in the light of the political evolution of the country concerned, so that features that would be unacceptable in the context of one system may be justified in the context of another, at least so long as the chosen system provides for conditions which will ensure the “free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature” (see *Yumak and Sadak v. Turkey* [GC], no. 10226/03, § 111, ECHR 2008). Furthermore, since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must have regard to the changing conditions within the respondent State and within Contracting States generally and respond, for example, to any emerging consensus as to the standards to be achieved. In this regard, one of the relevant factors in determining the scope of the authorities’ margin of appreciation may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States (see *Glor v. Switzerland*, no. 13444/04, § 75, ECHR 2009).

67. It should also be noted that, in the context of Article 3 of Protocol No. 1, the primary obligation is not one of abstention or non-interference, as with the majority of civil and political rights, but one of adoption by the State of positive measures to “hold” democratic elections (see *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, cited above, § 50). In this regard the Court also takes into consideration the fact that the right to vote, the “active” element of the rights under Article 3 of Protocol No. 1, is not a privilege. In the twenty-first century, the presumption in a democratic State must be in favour of inclusion (see *Hirst*, cited above, § 59).

68. Accordingly, the exclusion from the right to vote of any groups or categories of the general population must be reconcilable with the underlying purposes of Article 3 of Protocol No. 1 (see *Ždanoka*, cited above, § 105). The Court has held, *inter alia*, that domestic legislation making the right to vote subject to a minimum age or to residence conditions is, in principle, compatible with Article 3 of Protocol No. 1 (see *Hirst*, § 62, and *Hilbe*, both cited above). It has acknowledged that any general, automatic and indiscriminate departure from the principle of universal suffrage risks undermining the democratic validity of the legislature thus elected and the laws it promulgates (see *Hirst*, cited above).

69. As regards restrictions on expatriate voting rights based on the criterion of residence, the Convention institutions have accepted in the past that these might be justified by several factors: firstly, the presumption that non-resident citizens are less directly or less continually concerned with their country's day-to-day problems and have less knowledge of them; secondly, the fact that non-resident citizens have less influence on the selection of candidates or on the formulation of their electoral programmes; thirdly, the close connection between the right to vote in parliamentary elections and the fact of being directly affected by the acts of the political bodies so elected; and, fourthly, the legitimate concern the legislature may have to limit the influence of citizens living abroad in elections on issues which, while admittedly fundamental, primarily affect persons living in the country (see *Hilbe*, cited above; see also *X and Association Y v. Italy*, no. 8987/80, Commission decision of 6 May 1981, Decisions and Reports (DR) 24, p. 192, and *Polacco and Garofalo v. Italy*, no. 23450/94, Commission decision of 15 September 1997, DR 90-A, p. 5). More recently, the Court has taken the view that having to satisfy a residence or length-of-residence requirement in order to have or exercise the right to vote in elections is not, in principle, an arbitrary restriction of the right to vote and is therefore not incompatible with Article 3 of Protocol No. 1 (see *Doyle v. the United Kingdom* (dec.), no. 30158/06, 6 February 2007).

2. Application of these principles to the present case

70. The Court observes at the outset that the applicants complained that the Greek legislature had not to date made the necessary arrangements enabling Greek expatriates to vote in parliamentary elections from their current place of residence. Accordingly, the complaint does not concern the recognition of expatriates' right to vote as such, the principle of which is already recognised by Article 51 § 4 of the Greek Constitution in conjunction with Article 4 of Presidential Decree no. 96/2007, but rather the conditions governing the exercise of that right. Like the Chamber, the Grand Chamber

is therefore of the view that its task consists in examining whether, despite the failure to enact legislation on the conditions for exercising the right to vote, the Greek electoral system, in the instant case, nevertheless permitted “the free expression of the opinion of the people” and preserved “the very essence of the ... right to vote”, as required by Article 3 of Protocol No. 1 (see *Matthews v. the United Kingdom* [GC], no. 24833/94, § 65, ECHR 1999-I). It will conduct its examination in the light of the broader question as to whether Article 3 of Protocol No. 1 places States under an obligation to introduce a system enabling expatriate citizens to exercise their voting rights from abroad.

71. In general terms, Article 3 of Protocol No. 1 does not provide for the implementation by Contracting States of measures to allow expatriates to exercise their right to vote from their place of residence. Nevertheless, since the presumption in a democratic State must be in favour of inclusion (see *Hirst*, cited above, § 59), such measures are consonant with that provision. The question is, however, whether Article 3 of Protocol No. 1 goes so far as to require them to be taken. In answering that question, Article 3 should be interpreted with reference to the relevant international and comparative law (see *Yumak and Sadak*, cited above, § 127, and *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, §§ 76 and 85, ECHR 2008) and to the domestic law of the country concerned.

72. Firstly, with regard to international law, the Court notes that neither the relevant international and regional treaties – such as the International Covenant on Civil and Political Rights, the American Convention on Human Rights and the African Charter on Human and Peoples’ Rights – nor their interpretation by the competent international bodies provide a basis for concluding that voting rights for persons temporarily or permanently absent from the State of which they are nationals extend so far as to require the State concerned to make arrangements for their exercise abroad (see paragraphs 26-31 above).

73. It is true that, in order to give greater effect to the right to vote in parliamentary elections, the institutions of the Council of Europe have, *inter alia*, invited member States to enable their citizens living abroad to participate to the fullest extent possible in the electoral process. Hence, Resolution 1459 (2005) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (see paragraph 21 above) states that member States should take appropriate measures to facilitate the exercise of voting rights to the fullest extent possible, in particular by means of postal voting. Furthermore, in Recommendation 1714 (2005), the Parliamentary Assembly invited the Council of Europe to develop its activities aimed at improving the conditions for the effective exercise of election rights by groups facing

special difficulties, including expatriates. The Venice Commission, for its part, observed that since the 1980s the recognition of external voting rights had gained ground in Europe. While it also recommended that member States facilitate the exercise of expatriates' voting rights, it did not consider that they were obliged to do so. Rather, it viewed such a move as a possibility to be considered by the legislature in each country, which had to balance the principle of universal suffrage on the one hand against the need for security of the ballot and considerations of a practical nature on the other (see, in particular, paragraph 25 above).

74. Furthermore, a comparative survey of the legislation of Council of Europe member States in this sphere shows that, while the great majority of them allow their nationals to vote from abroad, some do not (see paragraph 38 above). However, as regards those States which do allow voting from abroad, closer examination reveals that the arrangements for the exercise of expatriates' voting rights are not uniform, but take a variety of forms. By way of example, some countries allow voting in polling stations set up abroad, and/or postal voting, proxy voting and e-voting (see paragraph 34 above). The length of residence abroad is another factor taken into consideration by member States. Some grant voting rights only to nationals temporarily resident outside the country, while in others expatriates lose the right to vote after a certain period of time (see paragraph 35 above). Furthermore, some Contracting States make provision for expatriates to elect their own representatives to the national parliament, in electoral constituencies set up outside the country (see paragraph 37 above). Lastly, in the majority of member States which allow voting from abroad, persons wishing to avail themselves of this facility must register by a certain deadline on the electoral roll with the authorities in their country of origin or the diplomatic or consular authorities abroad (see paragraphs 39-45 above).

75. In short, none of the legal instruments examined above forms a basis for concluding that, as the law currently stands, States are under an obligation to enable citizens living abroad to exercise the right to vote. As to the arrangements for exercising that right put in place by those Council of Europe member States that allow voting from abroad, there is currently a wide variety of approaches.

76. Secondly, with regard to the domestic legislation in issue in the present case, the Court observes that Article 51 § 4 of the Constitution provides that “[t]he conditions governing the exercise of the right to vote by persons outside the country may be specified by statute ...”. The Scientific Council of Parliament, for its part, stated, in its report of 31 March 2009 on the bill concerning the exercise of the right to vote in parliamentary elections by Greek voters living abroad, that permitting the exercise of the

right to vote from abroad was an option rather than a duty for the legislature, while stressing that legal opinion was not unanimous on the subject (see paragraph 19 above). In conclusion, it would appear that while Article 51 § 4 of the Constitution allows the legislature to give effect to the exercise of voting rights for expatriate Greeks from their place of residence, it does not oblige it to do so. Accordingly, and having regard to the considerations outlined above (see paragraph 75), the Court is of the view that it is not its task to indicate to the national authorities at what time and in what manner they should give effect to Article 51 § 4 of the Constitution.

77. Furthermore, since 2000, the Greek authorities have made several attempts to give effect to the provisions of Article 51 § 4. During the 2001 constitutional revision, for instance, the content of these provisions was clarified and it was stated that the principle of simultaneous voting did not rule out the exercise of voting rights by postal vote or other appropriate means, provided that the counting of votes and the announcement of the results were carried out at the same time as within the country (see paragraph 16 above).

78. Mention should also be made of the initiative taken in 2009 aimed at enacting the legislation provided for by Article 51 § 4 of the Constitution, in the form of a bill placed before Parliament on 19 February 2009 by the Interior, Justice and Economics Ministers laying down the arrangements for the exercise of voting rights in parliamentary elections by expatriate Greek voters. The bill was not passed as it failed to secure the two-thirds majority of the total number of members of parliament required by Article 51 § 4 of the Constitution as amended following the 2001 constitutional revision.

79. Lastly, as regards the specific situation of the applicants, the Court has no reason to doubt their assertion that they maintain close and continuing links with Greece and follow political, economic and social developments in the country closely, with the aim of playing an active part in the country's affairs. The presumption that non-resident citizens are less directly or less continually concerned with the country's day-to-day problems and have less knowledge of them (see paragraph 69 above) does not therefore apply in the instant case. Nevertheless, in the Court's view, this is not sufficient to call into question the legal situation in Greece. In any event, the competent authorities cannot take account of every individual case in regulating the exercise of voting rights, but must lay down a general rule (see *Hilbe*, cited above).

80. As to the disruption to the applicants' financial, family and professional lives that would have been caused had they had to travel to Greece in order to exercise their right to vote in the 2007 parliamentary elections,

the Court is not convinced that this would have been disproportionate to the point of impairing the very essence of the voting rights in question.

3. Conclusion

81. Having regard to the foregoing considerations, it cannot be said that the very essence of the applicants' voting rights guaranteed by Article 3 of Protocol No. 1 was impaired in the instant case. Accordingly, there has been no breach of that provision.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

Holds that there has been no violation of Article 3 of Protocol No. 1.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 15 March 2012, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Johan Callewaert
Deputy to the Registrar

Nicolas Bratza
President

BOULOIS c. LUXEMBOURG
(Requête n° 37575/04)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 3 AVRIL 2012¹

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

SOMMAIRE¹**Refus répétés d'une commission pénitentiaire d'accorder une autorisation de sortie à un détenu sans recours possible devant une juridiction administrative****Article 6 § 1**

Applicabilité – Refus répétés d'une commission pénitentiaire d'accorder une autorisation de sortie à un détenu sans recours possible devant une juridiction administrative – Droits et obligations de caractère civil – Congé pénal défini en droit interne comme une «faveur» relevant du pouvoir discrétionnaire des autorités pénitentiaires – Absence de consensus au niveau européen – Contestation ne portant pas sur un «droit» reconnu dans l'ordre juridique interne ou dans la Convention

*

* * *

Le requérant fut condamné à une peine de quinze ans de réclusion. Entre 2003 et 2006, il présenta six demandes d'autorisation de sortie («congé pénal»), motivées notamment par son souhait d'accomplir des formalités administratives et de suivre des cours en vue de l'obtention de diplômes. Ses demandes furent toutes rejetées par la commission pénitentiaire. L'intéressé attaqua les deux premières décisions de refus par un recours en annulation devant le tribunal administratif, lequel se déclara incomptént pour en connaître. La cour administrative confirma ce jugement.

Par un arrêt du 14 décembre 2010, une chambre de la Cour a conclu, par quatre voix contre trois, à la violation de l'article 6 § 1 au motif que, les juridictions administratives n'ayant pas statué sur le bien-fondé du recours en annulation, l'absence de toute décision sur le fond avait vidé de sa substance le contrôle du juge administratif sur les décisions de la commission pénitentiaire. Par ailleurs, la législation en vigueur n'offre aucun autre recours à un détenu.

Article 6 § 1: le volet pénal de l'article 6 § 1 n'entre pas en jeu, le contentieux pénitentiaire ne concernant pas, en principe, le bien-fondé d'une «accusation en matière pénale». La Cour doit alors rechercher si le requérant disposait d'un «droit de caractère civil», de manière à pouvoir dire si les garanties procédurales prévues à l'article 6 § 1 étaient applicables au litige portant sur ses demandes de congé pénal. Il s'agit de déterminer en premier lieu si l'intéressé disposait d'un «droit» au congé pénal. La loi interne définit le congé pénal comme une autorisation de quitter l'établissement pénitentiaire, soit pendant une partie de la journée, soit

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

pendant des périodes de vingt-quatre heures. Il s'agit d'une « faveur » qui « peut être accordée » aux détenus dans certaines circonstances. Le législateur avait clairement l'intention de créer un privilège n'impliquant aucune voie de recours. Les autorités compétentes ont un pouvoir discrétionnaire pour ce qui est de l'attribution du congé pénal quand bien même les détenus rempliraient formellement les critères requis. Quant à la question de l'interprétation de la législation par les tribunaux internes, les juridictions administratives se sont déclarées incompétentes pour examiner le recours en annulation du requérant. Ainsi, ce dernier ne pouvait se prétendre, de manière défendable, titulaire d'un « droit » reconnu dans l'ordre juridique interne. Par ailleurs, bien que la Cour ait reconnu le but légitime d'une politique de réinsertion sociale progressive des personnes condamnées à des peines d'emprisonnement, ni la Convention ni ses Protocoles ne prévoient expressément un droit au congé pénal. L'existence d'un tel droit ne peut non plus se dégager d'un éventuel principe de droit international. En définitive, il n'existe aucun consensus au sein des Etats membres sur le statut et les modalités d'octroi du congé pénal. En tout état de cause, l'Etat défendeur est loin de se désintéresser de la réinsertion des détenus, comme en témoignent le congé pénitentiaire et la réforme législative en cours sur l'exécution des peines. Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, les préentions du requérant ne portaient pas sur un « droit » reconnu en droit luxembourgeois ou dans la Convention. Partant, l'article 6 est inapplicable. Conclusion: non-violation (quinze voix contre deux).

Jurisprudence citée par la Cour

- Neumeister c. Autriche*, 27 juin 1968, série A n° 8
Van Droogenbroeck c. Belgique, 24 juin 1982, série A n° 50
Fayed c. Royaume-Uni, 21 septembre 1994, série A n° 294-B
Masson et Van Zon c. Pays-Bas, 28 septembre 1995, série A n° 327-A
Szücs c. Autriche, 24 novembre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VII
Camps c. France (déc.), n° 42401/98, 23 novembre 1999
Rotaru c. Roumanie [GC], n° 28341/95, CEDH 2000-V
Lorsé et autres c. Pays-Bas (déc.), n° 52750/99, 28 août 2001
Mastromatteo c. Italie [GC], n° 37703/97, CEDH 2002-VIII
Montcornet de Caumont c. France (déc.), n° 59290/00, CEDH 2003-VII
Ganci c. Italie, n° 41576/98, CEDH 2003-XI
Hirst c. Royaume-Uni (n° 2) [GC], n° 74025/01, CEDH 2005-IX
Schemkamper c. France, n° 75833/01, 18 octobre 2005
Roche c. Royaume-Uni [GC], n° 32555/96, CEDH 2005-X
Vilho Eskelinien et autres c. Finlande [GC], n° 63235/00, CEDH 2007-II
Dickson c. Royaume-Uni [GC], n° 44362/04, CEDH 2007-V
Enea c. Italie [GC], n° 74912/01, CEDH 2009
Micallef c. Malte [GC], n° 17056/06, CEDH 2009
Maiorano et autres c. Italie, n° 28634/06, 15 décembre 2009

Ellès et autres c. Suisse, n° 12573/06, 16 décembre 2010
Stummer c. Autriche [GC], n° 37452/02, CEDH 2011

En l'affaire Boulois c. Luxembourg,

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

Nicolas Bratza, *président*,

Jean-Paul Costa,

Françoise Tulkens,

Josep Casadevall,

Nina Vajić,

Boštjan M. Zupančič,

Elisabet Fura,

Egbert Myjer,

Ján Šikuta,

Ineta Ziemele,

Mark Villiger,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Päivi Hirvelä,

George Nicolaou,

Ledi Bianku,

Ganna Yudkivska,

Vincent A. De Gaetano, *juges*,

et de Vincent Berger, *jurisconsulte*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 31 août 2011 et 22 février 2012,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 37575/04) dirigée contre le Grand-Duché de Luxembourg et dont un ressortissant français, M. Thomas Boulois (« le requérant »), a saisi la Cour le 16 octobre 2004 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 est représenté par M^e O. Lang, avocat à Luxembourg. Le gouvernement luxembourgeois (« le Gouvernement ») est représenté par son conseil, M^e N. Decker, avocat à Luxembourg.

3. Le requérant alléguait en particulier avoir été privé de son droit à un procès équitable et à l'accès à un tribunal à l'occasion des refus opposés à ses demandes de congé pénal.

4. La requête a été attribuée à la première section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Dans la mesure où M. Dean Spielmann, juge élu au titre

du Luxembourg, s'est déporté (article 28) et où le gouvernement défendeur a renoncé à l'usage de son droit de désignation, une chambre de ladite section a désigné pour siéger à sa place M^{me} Françoise Tulkens, juge élue au titre de la Belgique (article 26 § 4 de la Convention et article 29 §§ 1 et 2 du règlement). Le 7 décembre 2006, une chambre de ladite section, composée de Christos Rozakis, président, Loukis Loucaides, Françoise Tulkens, Nina Vajić, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev, Sverre Erik Jebens, juges, et de Søren Nielsen, greffier de section, a décidé de communiquer la requête au Gouvernement.

5. Ayant été informé, le 12 décembre 2006, qu'il pouvait présenter des observations écrites en vertu des articles 36 § 1 de la Convention et 44 du règlement, le gouvernement français a fait savoir, le 27 mars 2007, qu'il n'entendait pas se prévaloir de son droit à cet égard.

6. Le 2 septembre 2008, l'examen de l'affaire a été ajourné en attendant l'issue de l'affaire *Enea c. Italie* (n° 74912/01), alors pendante devant la Grande Chambre.

7. Le 14 décembre 2010, à la suite d'un changement dans la composition des sections, une chambre de la deuxième section, composée de Ireneu Cabral Barreto, président, Françoise Tulkens, Danutė Jočienė, Dragoljub Popović, András Sajó, İşıl Karakaş, Guido Raimondi, juges, et de Stanley Naismith, greffier de section, a déclaré, à la majorité, la requête recevable. Elle a par ailleurs conclu, par quatre voix contre trois, à la violation de l'article 6 de la Convention.

8. Le 4 mars 2011, le Gouvernement a demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande chambre en vertu des articles 43 de la Convention et 73 du règlement. Le 11 avril 2011, un collège de la Grande Chambre a fait droit à cette demande.

9. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 26 §§ 4 et 5 de la Convention et 24 du règlement. Lors des délibérations finales, Jean-Paul Costa a continué de siéger après l'expiration de son mandat, en vertu des articles 23 § 3 de la Convention et 24 § 4 du règlement.

10. Tant le requérant que le Gouvernement ont déposé des mémoires.

11. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 31 août 2011 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– pour le Gouvernement

M^e N. Decker, avocat,

conseil,

M^e A. Ferreira Da Silva, avocate,

M. J. Wallendorf, conseiller à la cour d'appel,

conseillers;

– *pour le requérant*

M^e O. Lang, avocat, *conseil,*
M^e R. Schons, avocat, *conseiller,*
M. T. Boulois, *requérant.*

La Cour a entendu en leurs déclarations M^e Lang et M^e Decker.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

12. Le requérant, né en 1972, était détenu au centre pénitentiaire de Schrassig (Luxembourg) à la date de l'introduction de sa requête. Il est actuellement domicilié à Peppange (Luxembourg).

13. Le 15 décembre 1998, il fut placé en détention provisoire.

14. Par un arrêt du 22 octobre 2001, la chambre criminelle de la cour d'appel le condamna à quinze ans de réclusion, dont trois avec sursis, pour coups et blessures volontaires, viol et séquestration avec tortures commis le 10 décembre 1998.

15. Plusieurs décisions judiciaires – communiquées à la Cour par le requérant – statuant sur la question du droit de visite de celui-ci à l'égard de ses trois enfants mineurs furent rendues entre le 14 juin 2001 et le 13 avril 2005, à la suite de son divorce prononcé le 19 octobre 2000.

16. Durant son incarcération, le requérant demanda sa libération conditionnelle, son transfert vers le centre pénitentiaire semi-ouvert de Givenich, ainsi que des autorisations de sortie (« congé pénal »). Ce sont ces dernières demandes qui font l'objet de la présente affaire.

A. La première demande de congé pénal

17. Le requérant indique avoir présenté, au mois d'octobre 2003, une demande de congé pénal auprès du procureur général.

18. A la demande du psychologue du service psycho-socio-éducatif, le requérant expliqua, le 16 octobre 2003, qu'il s'agissait d'une demande de congé pénal d'un jour et qu'il n'était pas opposé à l'idée d'être accompagné pendant ce congé. Il motiva sa demande par des formalités administratives à régler, qu'il énuméra comme suit :

« – passage chez un photographe ou cabine pour obtenir des photos passeport

– passage au ministère du Transport pour renouvellement de mon permis de conduire (certificat médical déjà obtenu...)

- passage à l'ambassade pour le renouvellement de ma carte d'immatriculation consulaire
- passage au commissariat de police de Luxembourg chez Monsieur [B.], section de recherches. Ceci pour reprendre une enveloppe contenant des documents qu'un ancien client requiert
- passage chez le gérant de la banque [B.] de Esch/Alzette
- passage à l'administration des contributions directes à Esch/Alzette
- rencontre de plusieurs amis dans un restaurant dans les alentours de Esch/Alzette
- passage dans mon appartement à Differdange pour ramasser les documents manquants pour le même client
- prendre quelques mesures de pièces que je pourrais préparer dans l'atelier du [centre pénitentiaire]
- passage à la commune de Differdange pour un entretien personnel avec le Bourgmestre (...)
- passage à Luxembourg au domicile de Madame [S.] pour faire connaissance de son mari
- passage à l'étude de mon avocat pour lui remettre les pièces manquantes de mon ancien client
- dans la mesure du possible, passage dans la librairie proche du domicile de [S.] »

Dans sa réponse, le requérant précisait également ceci :

« (...) La partie civile n'est malheureusement pas encore réglée. Loin de là, comme je n'ai même pas encore eu les moyens de verser un acompte. Actuellement je suis toujours occupé à rembourser mes prêts et d'autres dettes envers les différentes administrations selon arrangement pris avec les services contentieux pour éviter une première saisie qui ferait une suite sans fin. (...) »

19. Le 29 octobre 2003, une psychologue délivra une attestation selon laquelle le requérant avait suivi une psychothérapie, entamée le 19 mai 1999 et interrompue le 30 septembre 2002 pour des raisons indépendantes de la volonté de l'intéressé. Elle soulignait que ce dernier était motivé pour comprendre ce qui l'avait amené à commettre les faits et pour tout mettre en œuvre afin de ne pas récidiver. Le 25 novembre 2003, un autre psychologue, qui certifia avoir des entretiens réguliers avec le requérant depuis le début de l'année 2003, souscrivit aux observations faites dans l'attestation du 29 octobre 2003.

20. Le 5 novembre 2003, la déléguée du procureur général d'Etat communiqua au directeur du centre pénitentiaire une note indiquant notamment ceci :

« (...) avec prière de faire informer le détenu Boulois Thomas,

que par décision de la commission pénitentiaire

[la] demande en congé pénal (...) [est] rejetée vu le risque d'expulsion (le ministère de la Justice a été saisi en date du 25 juin 2003, mais n'a pas encore pris de décision). Il existe par ailleurs un risque de fuite, étant donné que le détenu manque d'introspection par rapport à son crime. Avant toute faveur, il doit commencer à payer la partie civile.»

B. La deuxième demande de congé pénal

21. Le 17 janvier 2004, le requérant réitéra sa demande, justifiée par les mêmes motifs et prévoyant le même déroulement pour la journée de congé pénal. Le 27 janvier 2004, son avocat confirma cette demande, en ajoutant notamment ce qui suit :

« (...) le fait d'accorder [au requérant] un jour de congé pénal au cours duquel il pourrait commencer à se réorganiser pour pouvoir reprendre pied dans sa vie [post] carcérale d'indépendant, [est une] mesure qui [va] non seulement dans [le] sens de réinsertion et de resocialisation, mais qui permettrai[t] aussi [au requérant] de commencer le paiement de sa partie civile dans les meilleurs délais. (...)»

22. Le 17 mars 2004, la déléguée du procureur général d'Etat communiqua au directeur du centre pénitentiaire une note qui indiquait notamment :

« (...) avec prière de faire informer le détenu Boulois Thomas,

que par décision de la commission pénitentiaire

la décision de refus du 5 novembre 2003 concernant le congé pénal (...) est maintenue. »

C. Le recours intenté devant les juridictions administratives à la suite du refus des deux demandes de congé pénal

23. Le 25 mai 2004, le requérant introduisit devant le tribunal administratif un recours en annulation contre les décisions de la commission pénitentiaire du 5 novembre 2003 et du 17 mars 2004.

24. Lors de l'audience du 6 décembre 2004, le tribunal administratif souleva d'office la question de savoir s'il était compétent pour connaître du recours en annulation. Le Gouvernement, qui n'avait pas soulevé cette exception, s'en remit à la sagesse du tribunal. Le requérant conclut à la compétence du tribunal.

25. Le 23 décembre 2004, le tribunal administratif se déclara incompétent pour connaître du recours en annulation, aux motifs suivants :

« (...) Il y a lieu de distinguer entre les mesures d'administration concernant le traitement d'un détenu en milieu carcéral (telle une décision de placement dans un quartier de plus grande sécurité, notamment un placement en régime cellulaire strict, cf. trib. adm. 10 juillet 2002, n° 14568 du rôle) qui sont des décisions administratives

prises dans le cadre de l'exécution du service pénitentiaire, d'une part, et les décisions susceptibles de modifier la nature ou les limites d'une peine prononcée par les juridictions judiciaires, auxquelles il convient de reconnaître une nature judiciaire et non pas administrative, d'autre part.

En l'espèce, force est de constater que l'octroi ou le refus de la faveur d'un congé pénal présente le caractère d'une mesure qui modifie les « limites » de la peine à laquelle l'intéressé a été condamné par la juridiction judiciaire.

Ainsi, les deux décisions attaquées ont une nature judiciaire.

Par conséquent, eu égard à leur nature ci-avant dégagée, les décisions litigieuses ne sont pas susceptibles d'un recours contentieux devant les juridictions administratives (...)»

26. Le 14 avril 2005, la cour administrative confirma ce jugement, dans les termes suivants :

«Le [requérant] estime que c'est à tort que le tribunal s'est déclaré incomptént pour connaître de son recours en faisant valoir les arguments suivants : il n'existe pas d'autre recours contre une telle décision de refus, de sorte que l'article 2(1) de la loi du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif doit s'appliquer ; les décisions attaquées ne modifient pas les limites de la peine ; le tribunal a commis un déni de justice et contrevenu à l'article [6 § 1] de la [Convention] en privant l'intéressé d'un procès équitable.

(...) Le cas du [requérant] concerne une demande en bénéfice d'un congé pénal, soit d'une décision qui modifie la nature de l'exécution de la peine prononcée par les juridictions judiciaires et à laquelle il convient par conséquent de reconnaître une nature judiciaire et non pas administrative.

Le terme de « limites de la peine à laquelle l'intéressé a été condamné » employé par le tribunal n'est pas à comprendre dans le cas d'espèce comme limite dans le temps, mais dans un sens large comme mode d'exécution de la peine.

C'est partant à bon droit que le tribunal administratif s'est déclaré incomptént pour connaître de la demande.

La constatation par les juridictions administratives de leur incompténté d'attribution ne saurait être interprétée comme acte de volonté desdites juridictions de ne pas statuer, de sorte que le reproche d'un déni de justice est à écarter comme non fondé.

L'article [6 § 1] de la [Convention] n'est pas applicable par rapport à un organe sans pouvoir décisionnel au fond. (...)

D. Les autres demandes de congé pénal présentées par le requérant et refusées par la commission pénitentiaire

27. Le 11 août 2004, le requérant formula une troisième demande de congé pénal précisant notamment ceci :

« (...) j'ai suivi avec succès plusieurs cours auprès de la CEP-L [chambre des employés privés] et j'aimerais bien pouvoir continuer les cours en voie d'obtention des diplômes respectifs.

Il s'agit de diplômes de comptable ainsi que de l'utilisateur bureautique (PC). J'ai bien passé les cours précédents, mais pour des raisons de faisabilité il devient indispensable de pouvoir se rendre au cours même de la CEP-L lors des sessions d'automne. (...)

28. Par une décision du 21 septembre 2004, la demande fut rejetée, au motif que le requérant pouvait suivre des cours au centre pénitentiaire et qu'il n'avait pas encore fait d'effort substantiel pour indemniser la victime. La décision renvoyait pour le surplus à la motivation de celle du 5 novembre 2003.

29. Le requérant formula une quatrième demande de congé pénal – qu'il n'a produite pour la première fois que devant la Grande Chambre –, datée du 14 octobre 2004 et motivée par le souhait de passer une journée avec ses enfants le week-end de la Saint-Nicolas.

30. Par une décision du 14 décembre 2004, cette demande fut refusée, le droit de visite à l'égard de ses enfants n'étant pas encore clairement établi.

31. Dans une cinquième demande, présentée le 24 février 2005, le requérant soutenait, notamment, qu'il lui était incompréhensible, en vue de sa resocialisation, qu'on lui refusât l'accès aux derniers cours nécessaires à l'obtention des diplômes de comptable et d'utilisateur bureautique. Il ajoutait que sa demande de congé pénal était motivée par le renouvellement de ses documents d'identité et de son permis de conduire, ainsi que par la mise en place d'une solution de remboursement de ses dettes envers les différentes institutions et la partie civile.

32. Le 23 mars 2005, sa demande fut refusée faute de motivation.

33. Le 12 juillet 2005, une sixième demande de congé pénal fut refusée en raison d'un risque de non-retour.

34. Le 4 mai 2006, une septième demande de congé pénal fut rejetée, au motif que l'intéressé ne faisait aucun effort notamment pour indemniser la partie civile et qu'il refusait de se conformer aux conditions qui lui étaient imposées.

E. Les développements ultérieurs jusqu'à la sortie de prison du requérant

35. A la suite du refus opposé le 4 mai 2006, le requérant saisit le parquet général à cinq reprises entre les 10 mai et 29 octobre 2006. Il demandait, d'une part, une assistance dans la mise en place d'un plan de remboursement adapté à sa situation et aux exigences de la partie civile et, d'autre part, une explication quant aux conditions qui lui étaient imposées en vue d'une resocialisation afin qu'il puisse s'y conformer. Par une lettre du

6 novembre 2006, le délégué du procureur général d'Etat lui indiqua que, en l'état actuel, il n'entendait pas répondre aux différents courriers qui, selon lui, n'appelaient aucun commentaire.

36. Le 20 novembre 2006, le procureur général d'Etat accusa réception d'une demande d'entrevue du requérant et lui indiqua qu'il le rencontrerait lors de l'un de ses prochains passages au centre pénitentiaire. Le requérant affirme ne pas avoir reçu la visite en question.

37. Le 31 octobre 2008, la commission pénitentiaire accorda un congé pénal d'un jour, à condition que le requérant soit pris et ramené par sa nouvelle compagne, chez qui il devait passer la journée.

38. Entre le 12 décembre 2008 et le 19 juin 2009, le requérant se vit accorder à cinq reprises un congé pénal de deux jours consécutifs, à passer auprès de sa compagne.

39. Le 20 mars 2009, son transfert au centre pénitentiaire semi-ouvert de Givenich fut accordé. Le même jour et par une décision séparée, le requérant se vit octroyer un congé pénal de dix jours pour rechercher un emploi et accomplir des démarches administratives, ainsi que la semi-liberté une fois qu'il aurait trouvé un travail.

40. Le 24 juin 2009, le requérant signa un contrat de réinsertion professionnelle en tant que cuisinier.

41. Le 25 septembre 2009, la libération conditionnelle lui fut accordée.

42. Par trois décisions (rendues le 25 septembre 2009, le 11 décembre 2009 et le 26 février 2010), le requérant se vit refuser la suspension de sa peine, dont l'échéance était prévue pour le 12 octobre 2010.

43. Le 10 février 2010, le requérant constitua une société unipersonnelle dont il est le gérant.

44. Le 15 juillet 2010, la suspension de sa peine lui fut accordée. Il ressort des observations du requérant que celui-ci quitta définitivement le centre pénitentiaire de Givenich à cette date.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. La législation relative à l'exécution des peines privatives de liberté

45. L'article 1^{er} de la loi du 26 juillet 1986 «relative à certains modes d'exécution des peines privatives de liberté» («la loi de 1986») énumère les différentes modalités possibles d'exécution d'une peine privative de liberté:

«L'exécution d'une peine privative de liberté peut comporter l'une des modalités suivantes: exécution fractionnée, semi-liberté, congé pénal, suspension de la peine, libération anticipée.»

1. La définition du congé pénal

46. L'article 6 de la loi de 1986 définit le congé pénal comme suit:

«Le congé pénal constitue une autorisation de quitter l'établissement pénitentiaire, soit pendant une partie de jour, soit pendant des périodes de vingt-quatre heures, ce temps comptant pour la computation de la durée de la peine.»

2. Les conditions pour bénéficier d'un congé pénal

47. L'article 7 de la loi de 1986 précise ceci au sujet des objectifs du congé pénal:

«Cette faveur peut être accordée aux détenus ayant leur domicile ou leur résidence au pays, soit pour des raisons familiales, soit pour préparer leur reclassement et leur réinsertion dans la vie professionnelle, soit pour servir de mise à l'épreuve, en vue de l'application de la libération conditionnelle.»

48. L'article 8 de la loi de 1986 prévoit que cette mesure peut intervenir, pour les condamnés primaires, à l'expiration d'un tiers de la peine.

49. L'article 13 de la loi de 1986 dispose ceci:

«Pour l'application des modalités prévues par la présente loi, il est tenu compte de la personnalité du condamné, de son évolution et du danger de récidive.»

Le commentaire de cette disposition, joint au projet de loi lors de son dépôt, précise que l'octroi du bénéfice des modes d'exécution des peines «ne sera jamais de droit et relèvera toujours, en fin de compte, de l'appréciation souveraine de l'autorité chargée de l'exécution des peines qui se décidera librement en fonction des informations qu'elle aura pu obtenir sur les dispositions du condamné».

50. Selon un règlement grand-ducal du 19 janvier 1989 «(...) fixant les modalités d'octroi du congé pénal», celui-ci peut être accordé à la demande de l'intéressé ou de son mandataire (article 4); la demande doit être présentée par écrit, sauf lorsque le détenu ne peut ou ne sait pas écrire. L'intervalle entre des congés successifs doit, sauf circonstance spéciale, être d'au moins un mois (article 5). En cas de rejet d'une demande de congé pénal, une nouvelle demande ne peut être formée, sauf en cas de survenance d'éléments nouveaux, avant l'expiration d'un délai de deux mois (article 6).

3. La procédure applicable aux demandes de congé pénal

51. L'article 12 de la loi de 1986 dispose:

«Pour les peines privatives de liberté supérieures à deux ans (...) les mesures prévues par la présente loi (...) sont prises par le procureur général d'Etat ou son délégué, de l'accord majoritaire d'une commission comprenant, outre le procureur général d'Etat ou son délégué, un magistrat du siège et un magistrat d'un des parquets.

(...)

La commission est convoquée par le procureur général d'Etat ou son délégué. La présidence est assurée par le magistrat du siège.

A l'exception du procureur général d'Etat ou de son délégué, les membres titulaires ainsi que leurs suppléants sont nommés par arrêté ministériel pour une durée de trois ans. Leur mandat est renouvelable.»

4. La Recommandation n° 30 du médiateur du Grand-Duché de Luxembourg relative à une nouvelle répartition des compétences en matière d'exécution des peines privatives de liberté, et ses suites

52. Dans une recommandation n° 30, relatée dans son rapport d'activité du 1^{er} octobre 2007 au 30 septembre 2008, le médiateur a jugé nécessaire un remaniement du système d'exécution des peines au Luxembourg et préconisé la création de la fonction de juge à l'application des peines. Il estimait que ce dernier devait, à l'issue d'une procédure contradictoire, rendre une décision susceptible d'appel sur les demandes qui lui seraient soumises en matière de congé pénal.

53. Dans son rapport d'activité du 1^{er} octobre 2009 au 30 septembre 2010, le médiateur a pris acte de ce que le ministre de la Justice s'était prononcé, dans le cadre d'un article publié par un quotidien luxembourgeois, pour l'idée de voir attribuer à une instance judiciaire certaines compétences actuellement dévolues au délégué à l'exécution des peines ou à la commission pénitentiaire. Le 22 décembre 2011, le ministre de la Justice a présenté les grandes lignes de sa réforme pénitentiaire. Cette dernière comprend un projet de loi, approuvé par le gouvernement en conseil le 16 décembre 2011, portant réforme de l'exécution des peines en créant, notamment, une chambre de l'application des peines. Ce projet de loi doit à présent suivre les voies de la procédure législative.

B. La pratique en matière de congé pénal: les statistiques fournies par le Gouvernement

54. Il existe au Luxembourg deux centres pénitentiaires, pour une population carcérale d'environ sept cents personnes: les détenus sont majoritairement emprisonnés au centre pénitentiaire de Luxembourg, qui constitue une structure d'accueil fermée. Dans la structure semi-ouverte, le centre pénitentiaire de Givenich, sont principalement détenues des personnes en fin de peine ou purgeant une peine moins importante, dont la plupart se rendent quotidiennement sur leur lieu du travail.

55. Le Gouvernement estime nécessaire de distinguer selon que les demandes de congé pénal sont présentées par les détenus de l'un ou l'autre des centres pénitentiaires.

1. Les demandes de congé pénal présentées par les personnes détenues au centre pénitentiaire de Luxembourg

56. En 2009, 146 demandes de congé pénal ont été accordées et 169 ont été refusées, contre 114 et 128, respectivement, en 2010.

57. Le Gouvernement observe que de nombreuses demandes de congé pénal sont vouées à l'échec en ce qu'elles sont formulées avant que la loi ne le permette, c'est-à-dire soit parce que les détenus n'ont pas purgé le tiers (pour les détenus primaires) ou la moitié (pour les récidivistes) de leur peine, soit parce que la demande est présentée moins de deux mois après la notification d'une réponse négative donnée à une précédente demande.

2. Les demandes de congé pénal présentées par les personnes détenues au centre pénitentiaire semi-ouvert de Givenich

58. En 2009, 376 demandes de congé pénal ont été accordées et 192 ont été refusées, contre 409 et 191, respectivement, en 2010.

III. LE DROIT INTERNATIONAL PERTINENT

A. La Recommandation n° R (82) 16 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres sur le congé pénitentiaire (adoptée le 24 septembre 1982)

59. La recommandation indique notamment ce qui suit:

« Le Comité des Ministres, en vertu de l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe,
(...)

Considérant que le congé pénitentiaire est un des moyens de faciliter la réintégration sociale du détenu;

Vu l'expérience acquise dans ce domaine,

Recommande aux gouvernements des Etats membres:

1. d'accorder le congé pénitentiaire dans la plus large mesure possible pour des raisons médicales, éducatives, professionnelles, familiales et d'autres raisons sociales;

2. de prendre en considération pour l'octroi du congé:

– la nature et la gravité de l'infraction, la durée de la peine prononcée ainsi que le temps de la peine déjà subie,

– la personnalité et le comportement du détenu de même que le risque qu'il peut présenter pour la société,

– la situation familiale et sociale du détenu qui peut avoir changé au cours de sa détention,

- le but du congé, sa durée et ses modalités ;
 - 3. d'accorder un congé pénitentiaire dès que possible et aussi fréquemment que possible compte tenu de ce qui précède ;
 - 4. de faire bénéficier du congé pénitentiaire non seulement les personnes détenues dans les prisons ouvertes, mais aussi les personnes détenues dans les prisons fermées, à condition que cela ne soit pas incompatible avec la sécurité publique ;
- (...)
- 9. de donner dans la plus large mesure possible au détenu les raisons du refus d'un congé pénitentiaire ;
 - 10. de prévoir la possibilité de réexaminer un refus ;
- (...) »

B. La Recommandation Rec(2003)23 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée (adoptée le 9 octobre 2003)

60. La recommandation se lit comme suit dans ses parties pertinentes :
« Le Comité des Ministres, en vertu de l'article 15.*b* du Statut du Conseil de l'Europe,
- (...)

Considérant la pertinence des principes contenus (...) notamment [dans] la Recommandation n° R (82) 16 sur le congé pénitentiaire ;

(...)

1. Aux fins de la présente recommandation, (...) [un] détenu de longue durée est une personne purgeant une ou plusieurs peines de prison d'une durée totale de cinq ans ou plus.

(...)

2. Les buts de la gestion des (...) détenus de longue durée devraient être (...) d'accroître et d'améliorer la possibilité pour ces détenus de se réinsérer avec succès dans la société et de mener à leur libération une vie respectueuse des lois.

(...)

- 23 *b*. Il faudrait déployer des efforts particuliers pour permettre l'octroi de diverses formes de congé pénitentiaire, sous escorte si nécessaire, tenant compte des dispositions contenues dans la Recommandation n° R (82) 16 sur le congé pénitentiaire.

(...) »

C. La Recommandation Rec(2006)2 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres sur les règles pénitentiaires européennes (adoptée le 11 janvier 2006)

61. La recommandation indique notamment ceci :

« Le Comité des Ministres, en vertu de l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe,
(...)

Soulignant que l'exécution des peines privatives de liberté et la prise en charge des détenus nécessitent la prise en compte des impératifs de sécurité, de sûreté et de discipline et doivent, en même temps, garantir (...) une prise en charge permettant la préparation à leur réinsertion dans la société;

(...)

Approuvant encore une fois les normes contenues dans les recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (...) et plus spécifiquement (...) Rec(2003)23 concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée ;

(...)

103.2 Dès que possible après l'admission, un rapport complet doit être rédigé sur le détenu condamné décrivant sa situation personnelle, les projets d'exécution de peine qui lui sont proposés et la stratégie de préparation à sa sortie.

103.3 Les détenus condamnés doivent être encouragés à participer à l'élaboration de leur propre projet d'exécution de peine.

103.4 Ledit projet doit prévoir dans la mesure du possible (...) une préparation à la libération.

(...)

103.6 Un système de congé pénitentiaire doit faire partie intégrante du régime des détenus condamnés.

(...)

107.1 Les détenus condamnés doivent être aidés, au moment opportun et avant leur libération, par des procédures et des programmes spécialement conçus pour leur permettre de faire la transition entre la vie carcérale et une vie respectueuse du droit interne au sein de la collectivité.

107.2 Concernant plus spécialement les détenus condamnés à des peines de plus longue durée, des mesures doivent être prises pour leur assurer un retour progressif à la vie en milieu libre.

(...) »

EN DROIT

SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION

62. Le requérant estime avoir été privé de son droit à un procès équitable et à l'accès à un tribunal à l'occasion du refus opposé à ses demandes de congé pénal. Il allègue la violation de l'article 6 § 1 de la Convention, dont la partie pertinente dispose ce qui suit :

«Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) par un tribunal (...) qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...)»

A. L'arrêt de la chambre

63. Dans son arrêt du 14 décembre 2010, la chambre a jugé que l'article 6 de la Convention n'était pas applicable sous son volet pénal. En revanche, elle a décidé que le grief du requérant était compatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention, pour autant qu'il avait trait à l'article 6 sous son volet civil. Elle a estimé que le requérant pouvait, de manière défendable, soutenir qu'il disposait, en tant que détenu, d'un droit à l'octroi d'un congé pénal dès lors qu'il remplissait l'ensemble des conditions prévues par la législation. Par ailleurs, à ses yeux, les restrictions au droit à un tribunal que le requérant alléguait avoir subies dans le cadre de ses demandes de congé pénal concernaient un ensemble de droits que le Conseil de l'Europe a reconnus aux détenus par des règles pénitentiaires européennes, adoptées par le Comité des Ministres et précisées dans trois recommandations. La chambre en a conclu que l'on pouvait constater l'existence d'une contestation sur des «droits» au sens de l'article 6 § 1. Quant au «caractère civil» de ces droits, elle a rappelé que la procédure relative aux différentes demandes de congé pénal mettait en cause l'intérêt du requérant à réorganiser sa vie professionnelle et sociale à sa sortie de prison. Selon elle, les demandes de congé pénal étaient motivées par le souhait de l'intéressé de suivre des cours en vue de l'obtention de diplômes de comptable et d'utilisateur bureautique, et par celui d'accomplir des formalités administratives auprès de sa banque et de différentes institutions, qu'il s'agisse notamment du renouvellement de son permis de conduire ou de sa carte d'immatriculation consulaire. La chambre a estimé que la restriction alléguée par le requérant, outre ses retombées patrimoniales, relevait des droits de la personne, eu égard à l'importance de son intérêt à retrouver une place dans la société. Elle a considéré qu'une resocialisation

était capitale pour la protection du droit du requérant de mener une vie privée et de développer son identité sociale. Elle en a déduit que le litige en question portait sur un droit de caractère civil.

64. La chambre a conclu à la violation de l'article 6 de la Convention, aux motifs que la commission pénitentiaire ne satisfaisait pas aux exigences requises d'un « tribunal » au sens de l'article 6 § 1 et que l'absence de toute décision sur le fond avait vidé de sa substance le contrôle exercé par le juge administratif sur les décisions de cette commission.

B. Les arguments des parties

1. Le Gouvernement

a) Sur l'applicabilité de l'article 6 de la Convention

65. Le Gouvernement plaide l'inapplicabilité de l'article 6 de la Convention au présent litige.

66. Rappelant les principes retenus par la jurisprudence de la Cour en la matière, il estime que le requérant ne bénéficiait pas d'un « droit » au sens de l'article 6 § 1 de la Convention.

67. Selon le Gouvernement, il résulte clairement du libellé de la loi nationale que l'octroi d'un congé pénal ne constitue qu'une *faveur* dont le bénéfice n'est pas de droit.

68. Un arrêt de la cour d'appel du 9 février 2000 se serait indirectement prononcé sur la question de la nature de l'octroi du congé pénal : dans une affaire où la responsabilité des pouvoirs publics était recherchée à raison de faits dommageables causés par un détenu au cours de son congé pénal, la cour d'appel aurait précisé que, en prévoyant que les détenus *pourraient* bénéficier de certaines mesures permettant de favoriser le maintien de leurs liens familiaux et la préparation de leur réinsertion sociale, le législateur a fait naître pour les tiers un risque spécial dont la réparation incombe à la puissance publique.

69. Par ailleurs, la commission pénitentiaire disposerait d'un pouvoir d'appréciation souverain en la matière. En effet, le législateur n'aurait pas imposé d'obligation absolue d'accorder le congé pénal : à supposer même que les différents critères établis par l'article 7 de la loi de 1986 se trouvent remplis, la commission pénitentiaire aurait toute latitude pour apprécier si l'intéressé mérite cette faveur. Le Gouvernement en conclut que c'est à tort que l'arrêt de chambre a jugé que le requérant pouvait prétendre à un droit au congé pénal dès lors que les critères étaient réunis. Il estime que, même dans une telle hypothèse, la loi autorise les membres de la commission

pénitentiaire à refuser la demande. Chaque cas serait en effet examiné en tenant compte de la nature et des circonstances de l'infraction commise, ainsi que de la personnalité du détenu.

70. Le Gouvernement ajoute que c'est à tort que la chambre a déduit l'existence de droits dans le chef du requérant sur la base des règles pénitentiaires européennes adoptées par le Comité des Ministres. Les recommandations, en tant que textes fixant des lignes directrices pour les Etats membres en vue d'harmoniser les règles en vigueur, ne constituerait une source ni du droit national ni du droit international. Elles accorderaient aux Etats membres une large marge d'appréciation dans l'octroi du congé pénal et ne viseraient pas à créer un droit absolu à celui-ci, sans condition particulière, chaque fois qu'un détenu le réclame. En effet, selon le Gouvernement, les Etats membres sont obligés d'instaurer dans leur système juridique une politique de resocialisation, mais la manière dont ils procèdent pour ce faire ressort de leur pouvoir.

71. Le Gouvernement conteste en outre tout « caractère civil » au « droit » allégué par le requérant.

72. Il estime, d'une part, que la chambre a écarté à juste titre les motifs d'ordre familial invoqués par le requérant, ses demandes de congé pénal n'ayant pas été motivées par une rencontre avec ses enfants. D'autre part, le requérant ne pourrait prétendre que le refus du congé pénal l'aurait freiné dans ses tentatives de réinsertion. En effet, pour le Gouvernement, le système luxembourgeois offre aux détenus un large éventail de moyens en la matière, par le biais notamment d'un suivi psychologique et de possibilités de formation, dont le requérant a d'ailleurs pu bénéficier.

73. Enfin, le Gouvernement expose que l'affaire *Enea c. Italie* ([GC], n° 74912/01, CEDH 2009) se distingue de la présente affaire, dans laquelle le requérant, incarcéré selon le régime cellulaire commun, n'aurait subi que les restrictions inhérentes à toute peine privative de liberté.

b) Sur le fond

74. Le Gouvernement estime que la commission pénitentiaire remplit les conditions de l'article 6 § 1 de la Convention, sur le plan tant de l'indépendance que de l'impartialité. Ni l'institution de cet organe ni le fait que les juridictions administratives se sont déclarées incompétentes pour connaître du recours du requérant ne porteraient atteinte à la substance même d'un éventuel droit de ce dernier. En effet, la commission rendrait une décision motivée de refus ou d'octroi du congé pénal sur la base d'éléments objectifs et le détenu aurait la faculté de présenter autant de demandes de congé pénal qu'il le souhaite.

2. *Le requérant*

a) Sur l'applicabilité de l'article 6 de la Convention

75. Le requérant estime qu'il bénéficiait d'un «droit» au sens de l'article 6 de la Convention.

76. Il rappelle que la réunion des conditions objectives posées aux articles 7 et 8 de la loi de 1986 ne permet pas à elle seule l'octroi automatique du congé pénal, dès lors que l'article 13 de la loi exige en outre qu'il soit tenu compte de la personnalité du condamné, de son évolution et du danger de récidive. Il soutient que, la période «expiatoire» minimale – c'est-à-dire celle pendant laquelle il devait rester en détention sans pouvoir sortir – étant selon l'article 8 terminée au tiers de sa peine, il pouvait prétendre à partir de ce moment-là à un droit de bénéficier d'un congé pénal, quitte à ce que la commission estime que les critères de l'article 13 n'étaient pas remplis. Si, certes, le Gouvernement qualifie, à juste titre au vu de l'article 13, de «discrétionnaire» la décision prise par la commission, l'existence de ce pouvoir, légitime en matière d'exécution des peines, serait parfaitement conforme au principe de prééminence du droit, dès lors qu'il peut faire l'objet d'un contrôle. Or, lorsqu'un tel contrôle fait défaut, ce pouvoir deviendrait arbitraire. Le requérant en conclut qu'à partir du moment où les conditions énumérées aux articles 7 et 8 de la loi de 1986 étaient respectées, il disposait, au moins de manière défendable, du droit de voir sa demande de congé pénal examinée au regard des critères subjectifs de l'article 13 de ladite loi. Ainsi, le pouvoir discrétionnaire de la commission pénitentiaire ne permettrait-il aucunement d'exclure la qualification de «droit» pour la mesure litigieuse (voir, *mutatis mutandis*, *H. c. Belgique*, 30 novembre 1987, § 43, série A n° 127-B).

77. Le requérant en voudrait pour preuve le fait, d'une part, que le bâtonnier de l'Ordre des avocats lui avait accordé l'assistance judiciaire dans ses démarches auprès de la commission pénitentiaire et des juridictions administratives (voir, *mutatis mutandis*, *Z et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 29392/95, § 89, CEDH 2001-V) et, d'autre part, que le délégué du Gouvernement avait accepté de débattre, sans aucune réserve, du fond de l'affaire qui était soumise au tribunal administratif. Il ajoute que le médiateur semble reconnaître le droit au congé pénal lorsqu'il plaide pour l'instauration d'un juge de l'application des peines. Il invoque également un passage des travaux parlementaires de la loi de 1986 qui met l'accent sur des peines qui préparent l'avenir en liberté lorsque la resocialisation est possible.

78. Le requérant ajoute que le congé pénal constitue également un droit au Luxembourg parce qu'il s'agit d'une mesure qui reflète un principe

de droit international généralement reconnu par les Etats membres du Conseil de l'Europe et même, au-delà, par les Nations unies. Selon lui, pour appuyer la reconnaissance d'un «droit» dans l'ordre interne, la chambre s'est valablement référée à la jurisprudence de l'arrêt *Enea* (précité), qui cite les recommandations du Comité des Ministres, dépourvues certes de valeur contraignante, mais révélant un ensemble de droits dont les détenus des Etats membres sont titulaires.

79. Le requérant estime ensuite que son droit revêtait un «caractère civil». Il dénonce la privation de toute perspective de réinsertion durant les cinq ans où il s'est vu refuser ses demandes de congé pénal. Il souligne que, en effet, le congé pénal doit promouvoir et favoriser les efforts de resocialisation et de réintégration du condamné temporairement mis à l'écart de la société.

b) **Sur le fond**

80. Le requérant estime qu'aucune des garanties de l'article 6 de la Convention n'a été respectée, que ce soit devant la commission pénitentiaire ou devant les juridictions administratives. Il met notamment en cause l'indépendance et l'impartialité de la commission pénitentiaire, composée de deux membres du ministère public. Il souligne que la déléguée du procureur général à l'exécution des peines qui a siégé au sein de la commission pénitentiaire qui a refusé ses deux premières demandes de congé pénal était précisément la même personne qui, en tant qu'avocat général assumant les fonctions de ministère public, avait requis contre lui devant la cour d'appel qui avait prononcé sa condamnation. D'un point de vue procédural, il déplore qu'il n'y ait pas eu d'audience et de débats.

C. L'appréciation de la Grande Chambre

1. *Sur l'applicabilité de l'article 6 de la Convention*

81. La Cour estime que l'exception préliminaire soulevée par le Gouvernement au titre de l'inapplicabilité de l'article 6 de la Convention est si étroitement liée à la substance du grief du requérant qu'il y a lieu de la joindre au fond de la requête.

2. *Sur le fond*

a) **Considérations générales**

82. La Cour réaffirme sa jurisprudence bien établie selon laquelle, d'une manière générale, les détenus continuent de jouir de tous les droits et

libertés fondamentaux garantis par la Convention, à l'exception du droit à la liberté lorsqu'une détention régulière entre expressément dans le champ d'application de l'article 5 de la Convention. Il serait inconcevable qu'un détenu soit déchu de ces droits et libertés du simple fait qu'il se trouve incarcéré à la suite d'une condamnation (*Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2) [GC], n° 74025/01, §§ 69-70, CEDH 2005-IX, *Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, § 67, CEDH 2007-V, et *Stummer c. Autriche* [GC], n° 37452/02, § 99, CEDH 2011).

83. La Cour a également eu l'occasion de reconnaître le but légitime d'une politique de réinsertion sociale progressive des personnes condamnées à des peines d'emprisonnement (*Mastromatteo c. Italie* [GC], n° 37703/97, § 72, CEDH 2002-VIII, *Maiorano et autres c. Italie*, n° 28634/06, § 108, 15 décembre 2009, et *Schemkamper c. France*, n° 75833/01, § 31, 18 octobre 2005).

84. En l'espèce, la Cour rappelle que le requérant invoque l'article 6 de la Convention pour se plaindre du refus de ses demandes de congé pénal. Il appartient donc à la Cour d'examiner dans un premier temps si le grief du requérant est compatible *ratione materiae* avec cette disposition.

85. La Grande Chambre estime, avec la chambre, que le volet pénal de l'article 6 § 1 de la Convention n'entre pas en jeu, le contentieux pénitentiaire ne concernant pas, en principe, le bien-fondé d'une « accusation en matière pénale » (*Enea*, précité, § 97).

86. La Cour doit dès lors analyser si le requérant disposait d'un « droit de caractère civil », afin d'apprécier si les garanties procédurales prévues à l'article 6 § 1 de la Convention étaient applicables au litige portant sur ses demandes de congé pénal.

87. En vertu de la jurisprudence traditionnelle de la Cour, l'examen des demandes de mise en liberté provisoire ou des questions relatives aux modalités d'exécution d'une peine privative de liberté ne tombe pas sous le coup de l'article 6 § 1 (*Neumeister c. Autriche*, 27 juin 1968, p. 19, §§ 22 et 23, série A n° 8, *Lorsé et autres c. Pays-Bas* (déc.), n° 52750/99, 28 août 2001, et *Montcornet de Caumont c. France* (déc.), n° 59290/00, CEDH 2003-VII).

88. Il est vrai que la Cour a récemment jugé qu'un droit de « caractère civil » était en cause, par exemple, s'agissant de visites des membres de la famille ou de la correspondance d'un détenu (*Enea*, précité, § 119, et *Ganci c. Italie*, n° 41576/98, §§ 20-26, CEDH 2003-XI). De l'avis de la Cour, cette jurisprudence ne concerne cependant pas la situation qui lui est soumise en l'espèce.

89. Afin de savoir si, en l'espèce, l'article 6 § 1 de la Convention, sous son volet civil, s'appliquait aux procédures concernant les demandes

de congé pénal du requérant, il s'agit de déterminer en premier lieu si ce dernier disposait d'un «droit» au sens de cette disposition.

b) Sur l'existence d'un «droit»

i. Rappel de la jurisprudence

90. La Cour rappelle que, pour que l'article 6 § 1 trouve à s'appliquer sous son volet «civil», il faut qu'il y ait « contestation » sur un «droit» que l'on peut prétendre, au moins de manière défendable, reconnu en droit interne, que ce droit soit ou non protégé par la Convention. Il doit s'agir d'une contestation réelle et sérieuse, qui peut concerner aussi bien l'existence même d'un droit que son étendue ou ses modalités d'exercice. Enfin, l'issue de la procédure doit être directement déterminante pour le droit en question, un lien tenu ou des répercussions lointaines ne suffisant pas à faire entrer en jeu l'article 6 § 1 (voir, entre autres, *Micallef c. Malte* [GC], n° 17056/06, § 74, CEDH 2009).

91. L'article 6 § 1 n'assure aux «droits et obligations» (de caractère civil) aucun contenu matériel déterminé dans l'ordre juridique des Etats contractants : la Cour ne saurait créer, par voie d'interprétation de l'article 6 § 1, un droit matériel n'ayant aucune base légale dans l'Etat concerné (voir, par exemple, *Fayed c. Royaume-Uni*, 21 septembre 1994, § 65, série A n° 294-B, et *Roche c. Royaume-Uni* [GC], n° 32555/96, § 119, CEDH 2005-X). Il faut prendre pour point de départ les dispositions du droit national pertinent et l'interprétation qu'en font les juridictions internes (*Masson et Van Zon c. Pays-Bas*, 28 septembre 1995, § 49, série A n° 327-A, et *Roche*, précité, § 120). La Cour doit avoir des motifs très sérieux de prendre le contre-pied des juridictions nationales supérieures en jugeant, contrairement à elles, que la personne concernée pouvait prétendre de manière défendable qu'elle possérait un droit reconnu par la législation interne (*ibidem*).

92. Dans cette appréciation, il faut, par-delà les apparences et le vocabulaire employé, s'attacher à cerner la réalité (*Van Droogenbroeck c. Belgique*, 24 juin 1982, § 38, série A n° 50, et *Roche*, précité, § 121).

93. Le caractère discrétionnaire ou non du pouvoir d'appréciation des autorités leur permettant d'accorder le bénéfice d'une mesure sollicitée par un requérant peut être pris en considération voire s'avérer déterminant. Ainsi, dans l'affaire *Masson et Van Zon* (précitée, § 51), la Cour a conclu à l'absence d'un droit tandis que, dans l'arrêt *Szücs c. Autriche* (24 novembre 1997, § 33, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VII), elle en a au contraire reconnu l'existence. Néanmoins, la Cour a eu l'occasion de préciser que la

seule présence d'un élément discrétionnaire dans le libellé d'une disposition légale n'exclut pas, en soi, l'existence d'un droit (*Camps c. France* (déc.), n° 42401/98, 23 novembre 1999, et *Ellès et autres c. Suisse*, n° 12573/06, § 16, 16 décembre 2010).

94. Parmi les autres critères dont la Cour peut tenir compte figurent la reconnaissance par les tribunaux internes, dans des situations semblables, du droit allégué ou l'examen par eux du bien-fondé de la demande d'un requérant (*Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* [GC], n° 63235/00, § 41, CEDH 2007-II).

ii. Application de ces principes au cas d'espèce

95. La Cour note tout d'abord qu'il y a « contestation » en l'espèce, concernant l'existence même du droit au congé pénal tel que revendiqué par le requérant.

96. Pour ce qui est de savoir si le droit interne reconnaît, au moins de manière défendable, un tel « droit », la Cour rappelle que l'article 6 de la loi de 1986 définit le congé pénal comme une autorisation de quitter l'établissement pénitentiaire, soit pendant une partie de la journée, soit pendant des périodes de vingt-quatre heures. L'article 7 de cette même loi prévoit qu'il s'agit d'une « faveur » qui « peut être accordée » aux détenus dans certaines circonstances (paragraphes 47-49 ci-dessus).

97. La notion de « faveur » peut avoir différentes acceptations selon les cas. En effet, il peut s'agir soit d'un avantage pouvant être accordé ou refusé à la guise des autorités, soit d'une mesure liant la compétence des autorités lorsque des conditions préétablies sont remplies par l'intéressé.

98. En l'espèce, la Cour estime que la qualification de « faveur » retenue par le législateur doit s'analyser conjointement aux termes « peut être accordée » et à la lumière du commentaire du projet de loi, qui précise que l'octroi du bénéfice des modes d'exécution des peines « ne sera jamais de droit et relèvera toujours, en fin de compte, de l'appréciation souveraine de l'autorité chargée de l'exécution des peines (...) » (paragraphe 49 ci-dessus). Ainsi, le législateur avait clairement l'intention de créer un privilège n'impliquant pas de voie de recours. Contrairement à l'affaire *Enea* (précitée), qui concernait une restriction au champ d'application existant de droits, la présente affaire concerne un avantage, créé en vue d'encourager les détenus.

99. Les parties s'accordent d'ailleurs à reconnaître qu'à supposer même que les différents critères établis par l'article 7 de la loi de 1986 se trouvent remplis, la commission pénitentiaire dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire pour apprécier si le détenu mérite cette faveur. Il ressort des éléments fournis à la Cour que la loi de 1986 et le règlement grand-ducal

du 19 janvier 1989 fixent les modalités et circonstances dans lesquelles un détenu peut se voir accorder, le cas échéant, un congé pénal. C'est dans ce cadre légal que la commission pénitentiaire examine, pour chaque demande qui lui est soumise, le rapport établi par un comité (le « comité de guidance ») au sujet d'un détenu. Elle tient compte de la personnalité et de l'évolution du comportement de ce dernier, ainsi que du danger de récidive, pour évaluer si l'intéressé peut bénéficier ou non d'un congé pénal. Les informations statistiques produites par le Gouvernement (paragraphes 54-58 ci-dessus) confirment le caractère discrétionnaire du pouvoir des autorités compétentes. Il s'ensuit que, au Luxembourg, les détenus ne disposent pas d'un droit de se voir accorder un congé pénal, quand bien même ils rempliraient formellement les critères requis.

100. Quant à la question de l'interprétation de la législation par les tribunaux internes, la Cour relève que les juridictions administratives se sont déclarées incompétentes pour examiner le recours en annulation du requérant. Elles ont jugé que, dès lors qu'elles modifiaient la nature de l'exécution de la peine prononcée par les juridictions judiciaires, les décisions attaquées par le requérant revêtent un caractère judiciaire et non administratif. Les parties n'ont pas été en mesure de produire d'autres décisions, judiciaires ou administratives, relatives au bien-fondé de recours exercés contre des refus de demandes de congé pénal d'un détenu (voir, *a contrario*, *Vilho Eskelinne et autres*, précité, § 41, et *Rotaru c. Roumanie* [GC], n° 28341/95, § 78, CEDH 2000-V). La Cour fait remarquer que le constat auquel elle est parvenue dans l'arrêt *Enea* (précité) ne saurait être utilement transposé à la présente affaire : alors que la Cour constitutionnelle italienne avait conclu à l'inconstitutionnalité des articles 35 et 69 de la loi sur l'administration pénitentiaire en ce qu'ils ne prévoyaient pas de recours juridictionnel contre une décision susceptible de porter atteinte aux droits d'un détenu, les parties n'ont produit en l'espèce aucune décision d'une instance juridictionnelle luxembourgeoise qui se serait prononcée dans le même sens (voir, *a contrario*, *Enea*, précité, § 100).

101. Il ressort donc des termes de la législation luxembourgeoise, ainsi que des éléments fournis quant à la pratique applicable en matière de congé pénal, que le requérant ne pouvait se prétendre, de manière défendable, titulaire d'un « droit » reconnu dans l'ordre juridique interne.

102. Par ailleurs, il faut observer que, bien que la Cour ait reconnu le but légitime d'une politique de réinsertion sociale progressive des personnes condamnées à des peines d'emprisonnement (paragraphe 83 ci-dessus), ni la Convention ni ses Protocoles ne prévoient expressément un droit à un

congé pénal. La Cour note aussi que le droit à un congé pénal n'est pas davantage reconnu, en tant que tel, au titre d'un éventuel principe de droit international tel que le requérant l'avance. En définitive, il n'existe aucun consensus au sein des Etats membres sur le statut et les modalités d'octroi du congé pénal : dans certains d'entre eux, l'autorité investie du pouvoir de décision est tenue d'accorder une permission de sortie lorsque les conditions légales sont remplies alors que, dans d'autres, elle dispose au contraire d'un pouvoir entièrement discrétionnaire en la matière ; de même, tous les Etats n'offrent pas un recours contre le refus de permission de sortie. Donc, à ce titre aussi, la présente espèce se distingue de l'affaire *Enea* (précitée).

103. En tout état de cause, la Cour constate que, loin de se désintéresser de la réinsertion des détenus, le Luxembourg offre d'autres moyens pour y parvenir que le droit à un congé pénal. Sa législation s'inspire notamment de la recommandation du Comité des Ministres sur le congé pénitentiaire qui, certes, préconise «la possibilité de réexaminer un refus» en la matière, mais énumère aussi différents éléments que les autorités nationales peuvent prendre en considération pour l'octroi d'un congé pénal (paragraphe 59 ci-dessus). Par ailleurs, outre «un système de congé pénitentiaire [faisant] partie intégrante du régime des détenus condamnés», des programmes ont été mis en place leur permettant «de faire la transition entre la vie carcérale et une vie respectueuse du droit interne au sein de la collectivité» (paragraphe 61 ci-dessus). Enfin, la Cour note avec intérêt la réforme législative en cours sur l'exécution des peines (paragraphe 53 ci-dessus).

104. Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, la Cour ne saurait estimer que les revendications du requérant portaient sur un «droit» reconnu en droit luxembourgeois ou dans la Convention. Partant, elle conclut, avec le Gouvernement, à l'inapplicabilité de l'article 6 de la Convention.

105. Il s'ensuit qu'il y a lieu d'accueillir l'exception préliminaire du Gouvernement. Dès lors, l'article 6 n'a pas été violé.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Joint au fond*, à l'unanimité, l'exception préliminaire du Gouvernement;
2. *Dit*, par quinze voix contre deux, que l'article 6 de la Convention n'est pas applicable;
3. *Dit*, par quinze voix contre deux, qu'il n'y a dès lors pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 3 avril 2012.

Vincent Berger
Jurisconsulte

Nicolas Bratza
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 Tulkens et Yudkivska.

N.B.
V.B.

OPINION DISSIDENTE COMMUNE
DES JUGES TULKENS ET YUDKIVSKA

Avec tout le respect que nous lui devons, nous ne partageons pas la décision de la majorité selon laquelle l'article 6 de la Convention n'est pas applicable et, partant, n'a pas été violé.

L'objet et l'enjeu

1. Il importe de préciser d'emblée l'objet de cette affaire. Elle concerne, sous l'angle de l'article 6 de la Convention, le droit d'un détenu à accéder à un tribunal et à bénéficier d'une procédure équitable pour se plaindre des six décisions de refus de ses demandes de congé pénal par la commission pénitentiaire. Il ne s'agit donc en aucune manière pour notre Cour de se prononcer sur l'opportunité et le bien-fondé de ces demandes mais uniquement, en application du principe de subsidiarité, de s'assurer qu'une juridiction interne puisse le faire, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Tel est l'enjeu de cette affaire.

Le contexte

2. Le problème soumis à la Cour s'inscrit dans le contexte du développement du droit de l'exécution des peines que l'on observe aussi bien sur la scène internationale qu'en droit interne et qui est appelé à donner un fondement légal à l'ensemble de cette matière qui, jusqu'il y a peu, relevait quasi entièrement de l'exécutif et de l'administration compétente.

3. La question qui est au cœur de cette affaire est celle des modalités de l'exécution de la peine et, plus particulièrement, du statut juridique externe des détenus auquel sont rattachées les diverses mesures par lesquelles le condamné conserve ou recouvre, entièrement ou partiellement, temporairement ou définitivement, sa liberté. Des plus limitées aux plus étendues, ces diverses décisions sont les permissions de sortie et congés pénitentiaires, l'interruption de l'exécution de la peine, les arrêts de fin de semaine, les mesures de semi-liberté et de semi-détention et la détention limitée, l'assignation à résidence sous surveillance électronique, la libération provisoire et la libération conditionnelle.

4. Au Grand-Duché du Luxembourg, la *loi du 26 juillet 1986 relative à certains modes d'exécution des peines privatives de liberté* organise des modes d'exécution de nature à atténuer les conséquences désocialisantes de la

détention et à aider le détenu à conserver, dans la mesure du possible, des contacts avec la famille, le lieu de travail et la société¹. Pour les auteurs du projet de loi, il importe de le préparer à la remise en liberté. L'exposé des motifs est très clair en ce sens. « [P]our les condamnés dont on peut espérer une resocialisation, on doit, au lieu de la prison qui « désorganise le passé immédiat et le présent, trouver des peines qui préparent l'avenir, avenir qui sera vécu en liberté »².

5. Le congé pénal s'inscrit dans cette philosophie. Comme on le lit dans le rapport de la commission juridique sur le projet de loi, la finalité de « cette mesure s'analyse dans le cadre d'un traitement individualisé et à la lumière d'un plan de guidance. Faut-il souligner que l'octroi de cette mesure doit permettre de favoriser la resocialisation progressive des détenus et de réduire les tensions provoquées par la vie carcérale ? (...) Le congé pénitentiaire s'inscrit comme un moyen naturel de transition entre la vie carcérale et la vie en liberté (...) Le congé pénal est une mesure de transition utile qui augmente sensiblement les chances de réinsertion sociale d'un détenu qui a purgé sa peine³ ». A ce titre, le congé pénal constitue au début de la mise en œuvre de cette mesure une autorisation de sortie ponctuelle qui trouve ensuite, en cas d'évolution positive du détenu, une application régulière s'étendant à plusieurs jours pour aboutir à un régime de semi-liberté suivie d'une éventuelle libération conditionnelle.

6. L'autorité compétente pour accorder les congés pénaux est le procureur général d'Etat ou son délégué. Pour les peines privatives de liberté supérieures à deux ans, ce qui est le cas en l'espèce, la décision de congé pénal est prise de l'accord majoritaire d'une commission pénitentiaire comprenant, outre le procureur général ou son délégué, un magistrat du siège et un magistrat d'un des parquets (article 12 de la loi du 26 juillet 1986). Toutefois, lors de l'élaboration de la loi du 26 juillet 1986, « le gouvernement, n'ayant pas envisagé de modifier le régime sur ce point, était cependant d'avis qu'une réforme paraissait souhaitable pour rencontrer les critiques faisant état des pouvoirs quasi discrétionnaires du procureur général d'Etat ou de son délégué pour décider de l'exécution effective des peines privatives de

1. Cf. A. et D. Spielmann, *Droit pénal général luxembourgeois*, Bruxelles, Bruylants, 2^e éd., 2004, pp. 539 et suiv.

2. Projet de loi relatif à certains modes d'exécution des peines, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, n° 2870, Chambre des députés, sess. ord. 1984-1985, 27 février 1985, p. 4, citant une étude de Ph. Graven, « La réforme pénale européenne et la révision partielle du C.P.S. », *Rev. pén. suisse*, 1969, pp. 225 et suiv.

3. Projet de loi relatif à certains modes d'exécution des peines, Rapport de la commission juridique, *Doc. parl.*, n° 2870, Chambre des députés, sess. ord. 1985-1986, 5 juin 1986, p. 3.

liberté¹ ». Aucun recours spécifique n'est prévu par la loi du 26 juillet 1986, notamment devant les juridictions pénales.

7. Enfin, en se fondant sur le droit comparé, on peut constater que, quelle que soit l'autorité compétente, la motivation de la décision est le plus souvent requise ainsi que la possibilité d'une voie de recours administratif ou juridictionnel. Ainsi, par exemple, en France, avant la loi du 9 mars 2004 qui dispose désormais que les ordonnances concernant notamment les permissions de sortir peuvent être attaquées par la voie de l'appel devant la chambre de l'application des peines de la cour d'appel par le condamné, par le procureur de la République et par le procureur général et même être l'objet d'un pourvoi en cassation, dans l'arrêt *Schemkamper c. France*, notre Cour a constaté qu'à l'époque des faits les ordonnances rendues en matière de permission de sortie ne pouvaient faire l'objet d'un recours de la part de l'intéressé, ce qui entraîne violation de l'article 13 de la Convention « à raison de l'absence en droit interne d'un recours qui eût permis au requérant de contester le refus de permission de sortir litigieux² ».

L'article 6 de la Convention

Applicabilité

8. S'il est vrai qu'en vertu d'une jurisprudence traditionnelle des organes de la Convention l'article 6 n'est, en principe, pas applicable aux procédures concernant l'exécution des peines, on observe une évolution dans la jurisprudence s'agissant des procédures menées en milieu carcéral. Ainsi, la Cour a récemment consacré l'applicabilité de l'article 6 § 1, sous son volet civil, au contentieux relatif à des mesures de sûreté (placement en cellule de sécurité ou niveau de surveillance élevé³) et des procédures disciplinaires⁴.

9. Tout d'abord, en ce qui concerne l'existence d'un « droit », la majorité l'écarte catégoriquement en se fondant sur le fait que le congé pénal est qualifié dans la loi du 26 juillet 1986 de « faveur » et non de droit. Cet argument ne nous semble pas décisif.

10. Tout comme la notion de « matière pénale », la notion de « droit » dans l'article 6 est une notion autonome qu'il importe de définir à la lumière de

1. A. et D. Spielmann, *Droit pénal général luxembourgeois*, op. cit., pp. 541-542. Voir aussi Projet de loi relatif à certains modes d'exécution des peines, Exposé des motifs, Doc. parl., n° 2870, Chambre des députés, sess. ord. 1984-1985, 27 février 1985, p. 3.

2. *Schemkamper c. France*, n° 75833/01, § 44, 18 octobre 2005.

3. *Ganci c. Italie*, n° 41576/98, §§ 20-26, CEDH 2003-XI; *Musumeci c. Italie*, n° 33695/96, § 36, 11 janvier 2005; *Enea c. Italie* [GC], n° 74912/01, § 107, CEDH 2009; *Stegarescu et Bahrin c. Portugal*, n° 46194/06, § 39, 6 avril 2010.

4. *Gülmez c. Turquie*, n° 16330/02, §§ 27-31, 20 mai 2008.

l'objet et du but de la Convention et qui ne dépend pas nécessairement de la qualification retenue en droit interne. A défaut, cette notion recevrait une réponse différente selon les Etats membres pour une même mesure. Par ailleurs, la Cour a déjà accepté que «la seule existence d'un élément discrétionnaire dans le libellé d'une disposition légale n'exclut pas en soi l'existence d'un droit de caractère civil» (*Lamourdière c. France*, n° 37387/97, § 24, 2 août 2000; *Camps c. France* (déc.), n° 42401/98, 23 novembre 1999). Enfin, la doctrine pénale et pénologique actuelle a profondément évolué quant aux finalités et fonctions de la peine. Ni faveur, ni privilège, ni avantage, ni indulgence: le congé pénal (comme d'autres modalités d'exécution des peines privatives de liberté) est une mesure nécessaire en vue de la sortie du détenu, pour préparer celle-ci et envisager sa possibilité éventuelle. En cas d'échec de la mesure, celle-ci ne sera pas renouvelée, ce qui permet le maintien du contrôle et de la surveillance. Dès lors, le fait qu'une mesure d'exécution de la peine soit qualifiée de «faveur» en droit interne ne nous paraît pas suffisant pour priver la personne qui la revendique de son droit à voir statuer sur sa cause en conformité avec les principes de l'article 6 de la Convention.

11. En l'espèce, l'existence d'un tel droit est implicitement reconnue en droit interne puisque le requérant a pu introduire un recours en annulation des deux premières décisions de refus de la commission pénitentiaire devant les juridictions administratives. Si celles-ci se sont déclarées incompétentes, c'est pour un autre motif, à savoir que l'octroi ou le refus de la faveur d'un congé pénal présentait le caractère d'une mesure qui modifiait les limites de la peine à laquelle le requérant avait été condamné. Par conséquent, les décisions litigieuses n'étaient pas, eu égard à leur nature, susceptibles d'un recours contentieux devant les juridictions administratives. Le délégué du gouvernement avait d'ailleurs accepté de débattre, sans aucune réserve, du fond de l'affaire qui était soumise au tribunal administratif. Nous sommes dans une situation qui pourrait s'apparenter, *mutatis mutandis*, à l'arrêt *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* ([GC], n° 63235/00, CEDH 2007-II) concernant l'applicabilité de l'article 6, sous son volet civil, aux fonctionnaires et agents de l'Etat, où la Cour constate «que dans de très nombreux Etats contractants l'accès à un tribunal est accordé aux fonctionnaires, de sorte que ceux-ci peuvent présenter des revendications relativement au salaire ou aux indemnités, voire au licenciement ou au recrutement, de la même façon que les salariés du secteur privé» (§ 57). Elle en conclut dès lors que «pour que l'Etat défendeur puisse devant la Cour invoquer le statut de fonctionnaire d'un requérant afin de le soustraire à la protection offerte par l'article 6, (...) le droit interne de l'Etat concerné doit avoir expressément

exclu l'accès à un tribunal s'agissant du poste ou de la catégorie de salariés en question» (§ 62).

12. Quant au caractère civil de ce droit, certes, dans l'arrêt *Aerts c. Belgique* (30 juillet 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-V), la Cour a estimé, en ce qui concerne les mesures d'internement des malades mentaux, que le droit à la liberté revêt un caractère civil mais, malheureusement, sans guère d'explication, ce qui a affaibli la portée de cet arrêt. En revanche, nous pouvons appliquer en l'espèce le raisonnement de la Grande Chambre dans l'arrêt *Enea*, précité, qui a été repris dans l'arrêt *Stegarescu et Bahrin*, précité, un arrêt devenu définitif. Tout d'abord, la Cour rappelle que « [l']article 6 § 1 vaut pour les « contestations » relatives à des « droits » de caractère civil que l'on peut dire, au moins de manière défendable, reconnus en droit interne, qu'ils soient ou non protégés de surcroît par la Convention ». En outre, elle observe « que certaines des limitations alléguées par le requérant – comme celles visant ses contacts avec sa famille et celles ayant une retombée patrimoniale – relèvent assurément des droits de la personne et, partant, revêtent un caractère civil » (*Enea*, précité, § 103).

13. Or tel est bien le cas en l'espèce puisqu'il est non contesté que le requérant a sollicité un congé pénitentiaire non seulement pour des raisons familiales mais aussi professionnelles et sociales. Ce droit est de « caractère civil » au vu notamment de l'importance des mesures permettant la réinsertion sociale du détenu. La procédure relative aux différentes demandes de congé pénal mettait donc en cause l'intérêt du requérant à réorganiser sa vie professionnelle et sociale à la sortie de prison, ce qui relève des droits de la personne. Plus concrètement, ses demandes de congé pénal présentées en 2005 tendaient à lui permettre d'exercer son droit de visite sur ses enfants à l'extérieur du cadre carcéral auquel ceux-ci étaient réfractaires. Quant aux autres demandes, elles étaient fondées sur un projet de réinsertion professionnelle et sociale ; le requérant voulait ainsi préparer le terrain pour être en mesure d'avoir des revenus par un travail, dans un souci d'indemnisation de sa victime et de règlement de ses dettes, notamment. Les décisions de refus que prit la commission pénitentiaire étaient directement déterminantes pour le droit de caractère civil en question.

14. Reconnaître, sous l'angle de l'article 6, qu'un détenu dispose d'un « droit de caractère civil », au vu notamment de l'importance des mesures permettant la réinsertion sociale du détenu, ne constitue pas un revirement de jurisprudence mais une application et un développement de celle-ci dans le contexte cette fois du statut juridique externe du détenu, c'est-à-dire des mesures qui concernent la remise en liberté progressive de celui-ci (paragraphe 3 ci-dessus). Or lorsque les premières étapes du retour à la

liberté dépendent du bon (ou du mauvais) vouloir d'une personne, c'est alors l'ensemble du projet de réinsertion qui peut se trouver entravé.

15. Enfin, d'après la jurisprudence constante des organes de la Convention, l'article 6 § 1 ne trouve à s'appliquer que s'il existe une « contestation » réelle et sérieuse (*Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, § 81, série A n° 52). La contestation peut concerner aussi bien l'existence même d'un droit que son étendue ou ses modalités d'exercice (voir notamment *Zander c. Suède*, 25 novembre 1993, § 22, série A n° 279-B), et l'issue de la procédure doit être directement déterminante pour le droit en question, l'article 6 § 1 ne se contentant pas, pour entrer en jeu, d'un lien tenu ni de répercussions lointaines (voir notamment *Masson et Van Zon c. Pays-Bas*, 28 septembre 1995, § 44, série A n° 327-A, et *Fayed c. Royaume-Uni*, 21 septembre 1994, § 56, série A n° 294-B). En l'espèce, il paraît clair qu'une « contestation » a surgi lorsque la commission pénitentiaire décida de refuser les demandes de congé pénal fondées notamment sur un projet de réinsertion professionnelle et sociale. Cette contestation, réelle et sérieuse, concernait l'existence même d'un droit de caractère civil, au sens de la Convention, revendiqué par le requérant. Aussi, en saisissant les juridictions administratives d'un recours en annulation, le requérant visait-il le renvoi de l'affaire devant l'autorité compétente, afin que celle-ci se prononce à nouveau sur ses demandes de congé pénal. L'issue devant les juridictions administratives était dès lors directement déterminante pour le droit en jeu.

Le fond

16. Dès lors que la contestation des décisions prises à son encontre doit être considérée comme relative à des « droits et obligations de caractère civil », le requérant avait droit à l'examen de sa cause par « un tribunal » remplissant les conditions de l'article 6 § 1 (*Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, § 50, série A n° 43). Toutefois, aux fins de l'article 6 § 1, un tribunal ne doit pas nécessairement être une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires. Ce qui importe pour assurer l'observation de l'article 6 § 1, ce sont les garanties, tant matérielles que procédurales, mises en place (*Rolf Gustafson c. Suède*, 1^{er} juillet 1997, § 45, *Recueil 1997-IV*). Ainsi, un « tribunal » se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel : trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence (*Argyrou et autres c. Grèce*, n° 10468/04, § 24, 15 janvier 2009). Il doit aussi remplir une série d'autres conditions – indépendance, notamment à l'égard de l'exécutif, impartialité, durée du mandat des membres, garanties offertes par la procédure – dont plusieurs figurent dans le texte même de l'article 6 § 1 (*Demicoli c. Malte*, 27 août 1991, § 39, série A n° 210). Sous cette réserve,

dans la présente affaire, la commission pénitentiaire ne saurait satisfaire en soi aux exigences requises d'un « tribunal » au sens de l'article 6 § 1.

17. Après avoir introduit chacune de ses demandes de congé pénal, entre 2003 et 2006, le requérant se vit communiquer, par l'intermédiaire du directeur du centre pénitentiaire, les décisions de refus des 5 novembre 2003, 17 mars 2004, 21 septembre 2004, 14 décembre 2004, 23 mars 2005, 12 juillet 2005 et 4 mai 2006, sans que la commission pénitentiaire ne se soit prononcée « à l'issue d'une procédure organisée » (voir, *a contrario, Argyrou et autres*, précité, § 25). Un des problèmes ici réside dans la motivation. Comme on le voit, la majorité des demandes de congé pénal ont été rejetées pour le même motif, à savoir notamment le fait que le requérant n'a pas indemnisé la victime. C'est le cercle vicieux car, à défaut de pouvoir engager une quelconque activité professionnelle, l'indemnisation de la victime devient largement illusoire. Notre Cour, bien sûr, n'a pas à apprécier le fond de la motivation car c'est au juge interne de le faire mais, et c'est bien là le problème, la motivation est en l'espèce extrêmement sommaire.

18. A cela s'ajoute que la déléguée du procureur général à l'exécution des peines (qui siégeait dans la commission pénitentiaire refusant les deux premières demandes de congé pénal) était la même personne qui, en tant qu'avocat général assumant les fonctions de ministère public, avait requis contre le requérant devant la cour d'appel qui lui avait infligé la condamnation. De manière plus générale, le procureur général d'Etat ou son délégué, qui est, selon la loi, l'autorité décisionnelle en matière d'exécution des peines, ne peut manifestement pas être considéré comme une autorité judiciaire indépendante et impartiale au sens de l'article 6 (*mutatis mutandis, Medvedyev et autres c. France* [GC], n° 3394/03, CEDH 2010; *Moulin c. France*, n° 37104/06, 23 novembre 2010).

19. La question du recours est également en jeu. Le Gouvernement rappelle la nature discrétionnaire de la décision des autorités internes sur les demandes de congé pénal. Ceci voudrait donc dire que même lorsque les conditions/critères permettant l'octroi d'un congé pénal sont réunis, la commission pénitentiaire peut encore refuser la demande. A supposer même que l'existence d'un tel pouvoir discrétionnaire soit légitime en matière d'exécution des peines, il ne peut répondre à l'exigence du principe de la prééminence du droit qu'à partir du moment où il peut faire l'objet d'un contrôle. Lorsqu'un tel contrôle fait défaut, ce pouvoir se transforme en pouvoir arbitraire.

20. Le requérant introduisit un recours en annulation à l'encontre des deux premières décisions de refus de la commission pénitentiaire. Tant le tribunal administratif que la cour administrative se déclarèrent incompétentes pour en connaître, au motif que l'octroi ou le refus de la faveur d'un congé pénal

présentait le caractère d'une mesure qui modifiait les limites de la peine à laquelle le requérant avait été condamné. Par conséquent, les décisions litigieuses n'étaient pas, eu égard à leur nature, susceptibles d'un recours contentieux devant les juridictions administratives. On touche du doigt ici la nécessité de disposer d'un juge ou d'une juridiction spécifique consacrée à l'application des peines, ce qui est heureusement le cas aujourd'hui dans de nombreux pays. En l'espèce, il en résulte que l'absence de toute décision sur le bien-fondé du recours a vidé de sa substance le contrôle exercé par le juge administratif sur les décisions de la commission pénitentiaire (*mutatis mutandis, Enea*, § 82 et *Ganci*, §§ 29-30, précités).

21. En conclusion, nous estimons que la requête peut être déclarée recevable et nous concluons à la violation de l'article 6 de la Convention.

BOULOIS v. LUXEMBOURG
(Application no. 37575/04)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 3 APRIL 2012¹

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

SUMMARY¹**Prison board's repeated refusal, with no right of appeal to the administrative courts, to grant prisoner temporary leave of absence****Article 6 § 1**

Applicability – Prison board's repeated refusal, with no right of appeal to the administrative courts, to grant prisoner temporary leave of absence – Civil rights and obligations – Prison leave characterised in domestic law as a "privilege" falling within the discretion of the prison authorities – No consensus within Europe – Dispute not relating to a "right" recognised in the domestic legal system or the Convention

*

* * *

The applicant was sentenced to fifteen years' imprisonment. Between 2003 and 2006 he submitted six requests for temporary leave of absence ("prison leave") on the grounds, in particular, that he wished to carry out administrative tasks and take courses in order to gain qualifications. His requests were all refused by the Prison Board. The applicant lodged an application for judicial review of the first two refusals with the Administrative Court, which declined jurisdiction to examine the application. That judgment was upheld by the Higher Administrative Court. In a judgment of 14 December 2010, a Chamber of the Court held, by four votes to three, that there had been a violation of Article 6 § 1 on the grounds that the lack of any decision on the merits of the application for judicial review had nullified the effect of the administrative courts' review of the Prison Board's decisions. Furthermore, the legislation in force did not provide prisoners with any other remedy.

Held

Article 6 § 1: Article 6 § 1 of the Convention was not applicable under its criminal head, as the proceedings concerning the prison system had not related in principle to determination of a "criminal charge". The Court therefore had to ascertain whether the applicant had had a "civil right", in order to assess whether the procedural safeguards afforded by Article 6 § 1 were applicable to the proceedings concerning his requests for prison leave. It first had to be determined whether the applicant had possessed a "right" to prison leave. The domestic legislation defined prison leave as permission to leave prison either for part of a day or for periods of twenty-four

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

hours. This was a “privilege” which “[might] be granted” to prisoners in certain circumstances. It had clearly been the legislature’s intention to create a privilege in respect of which no remedy was provided. The competent authorities enjoyed discretion as to whether or not to grant leave, even where the prisoner concerned formally met the required criteria. As to the interpretation of the legislation by the domestic courts, the administrative courts had declined jurisdiction to examine the applicant’s application for judicial review. Accordingly, the applicant could not claim, on arguable grounds, to possess a “right” recognised in the domestic legal system. Furthermore, although the Court had recognised the legitimate aim of a policy of progressive social reintegration of persons sentenced to imprisonment, neither the Convention nor the Protocols thereto expressly provided for a right to prison leave. Likewise, no such right could be derived from any principle of international law. Lastly, no consensus existed among the member States regarding the status of prison leave and the arrangements for granting it. In any event, the respondent State was far from indifferent to the issue of resettlement of prisoners, as testified by the existence of prison leave and the legislative reform which was under way concerning the execution of sentences. In view of all these considerations, the applicant’s claims did not relate to a “right” recognised in Luxembourg law or in the Convention. Accordingly, Article 6 was not applicable.

Conclusion: no violation (fifteen votes to two).

Case-law cited by the Court

Neumeister v. Austria, 27 June 1968, Series A no. 8

Van Droogenbroeck v. Belgium, 24 June 1982, Series A no. 50

Fayed v. the United Kingdom, 21 September 1994, Series A no. 294-B

Masson and Van Zon v. the Netherlands, 28 September 1995, Series A no. 327-A

Szücs v. Austria, 24 November 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VII

Camps v. France (dec.), no. 42401/98, 23 November 1999

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

Lorsé and Others v. the Netherlands (dec.), no. 52750/99, 28 August 2001

Mastromatteo v. Italy [GC], no. 37703/97, ECHR 2002-VIII

Montcornet de Caumont v. France (dec.), no. 59290/00, ECHR 2003-VII

Ganci v. Italy, no. 41576/98, ECHR 2003-XI

Hirst v. the United Kingdom (no. 2) [GC], no. 74025/01, ECHR 2005-IX

Schemkamper v. France, no. 75833/01, 18 October 2005

Roche v. the United Kingdom [GC], no. 32555/96, ECHR 2005-X

Vilho Eskelinen and Others v. Finland [GC], no. 63235/00, ECHR 2007-II

Dickson v. the United Kingdom [GC], no. 44362/04, ECHR 2007-V

Enea v. Italy [GC], no. 74912/01, ECHR 2009

Micallef v. Malta [GC], no. 17056/06, ECHR 2009

Maiorano and Others v. Italy, no. 28634/06, 15 December 2009

Ellès and Others v. Switzerland, no. 12573/06, 16 December 2010
Stummer v. Austria [GC], no. 37452/02, ECHR 2011

In the case of Boulois v. Luxembourg,

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

Nicolas Bratza, President,
Jean-Paul Costa,
Françoise Tulkens,
Josep Casadevall,
Nina Vajić,
Boštjan M. Zupančič,
Elisabet Fura,
Egbert Myjer,
Ján Šikuta,
Ineta Ziemele,
Mark Villiger,
Isabelle Berro-Lefèvre,
Päivi Hirvelä,
George Nicolaou,
Ledi Bianku,
Ganna Yudkivska,
Vincent A. De Gaetano, judges,

and Vincent Berger, Jurisconsult,

Having deliberated in private on 31 August 2011 and 22 February 2012,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 37575/04) against the Grand Duchy of Luxembourg lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a French national, Mr Thomas Boulois (“the applicant”), on 16 October 2004.

2. The applicant was represented by Mr O. Lang, a lawyer practising in Luxembourg. The Luxembourg Government (“the Government”) were represented by their counsel, Mr N. Decker, a lawyer practising in Luxembourg.

3. The applicant alleged, in particular, that he had been deprived of his right to a fair hearing and his right of access to a court in connection with the decisions refusing his requests for prison leave.

4. The application was allocated to the First Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). Dean Spielmann, the judge elected in respect of Luxembourg, withdrew from sitting in the case (Rule 28) and the respondent Government waived their right to appoint a replacement. A Chamber of that Section accordingly appointed Françoise Tulkens, the judge elected in respect of Belgium, to sit in his place (Article 26 § 4 of the Convention and Rule 29 §§ 1 and 2). On 7 December 2006 a Chamber of the same Section, composed of Christos Rozakis, President, Loukis Loucaides, Françoise Tulkens, Nina Vajić, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev and Sverre Erik Jebens, judges, and Søren Nielsen, Section Registrar, decided to give notice of the application to the Government.

5. Having been informed on 12 December 2006 that they could submit written observations under Article 36 § 1 of the Convention and Rule 44, the French Government indicated on 27 March 2007 that they did not intend to exercise their right in that regard.

6. On 2 September 2008 the Court decided to adjourn examination of the case pending the outcome of the case in *Enea v. Italy* (no. 74912/01), which was then pending before the Grand Chamber.

7. On 14 December 2010, following a change in the composition of the Sections, a Chamber of the Second Section, composed of Ireneu Cabral Barreto, President, Françoise Tulkens, Danutė Jočienė, Dragoljub Popović, András Sajó, İşıl Karakaş and Guido Raimondi, judges, and Stanley Naismith, Section Registrar, declared the application admissible by a majority. It held, by four votes to three, that there had been a violation of Article 6 of the Convention.

8. On 4 March 2011 the Government requested the referral of the case to the Grand Chamber in accordance with Article 43 of the Convention and Rule 73. A panel of the Grand Chamber granted that request on 11 April 2011.

9. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 26 §§ 4 and 5 of the Convention and Rule 24. At the final deliberations, Jean-Paul Costa continued to sit following the expiry of his term of office, in accordance with Article 23 § 3 of the Convention and Rule 24 § 4.

10. The applicant and the Government each filed a memorial.

11. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 31 August 2011 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr N. Decker, lawyer, *Counsel*,
Ms A. Ferreira Da Silva, lawyer,
Mr J. Wallendorf, judge, Court of Appeal, *Advisers*;

(b) *for the applicant*

Mr O. Lang, lawyer, *Counsel*,
Mr R. Schons, lawyer, *Adviser*,
Mr T. Boulois, *Applicant*.

The Court heard addresses by Mr Lang and Mr Decker.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

12. The applicant, who was born in 1972, was detained in Schrassig (Luxembourg) Prison on the date the application was lodged. He is currently living in Peppange (Luxembourg).

13. On 15 December 1998 he was remanded in custody.

14. In a judgment of 22 October 2001, the Criminal Division of the Court of Appeal sentenced him to fifteen years' imprisonment, of which three years were suspended, for assault occasioning actual bodily harm, rape and false imprisonment accompanied by acts of torture, committed on 10 December 1998.

15. The applicant provided the Court with copies of several court decisions, given between 14 June 2001 and 13 April 2005, concerning the issue of his visiting rights in respect of his three minor children following his divorce, made final on 19 October 2000.

16. While in prison, the applicant submitted requests for conditional release, transfer to Givenich semi-open prison and temporary leave of absence ("prison leave"). The requests for prison leave are the subject of the present case.

A. The first request for prison leave

17. The applicant stated that he had submitted a request for prison leave to the Attorney-General in October 2003.

18. At the request of the counselling service's psychologist, the applicant explained on 16 October 2003 that he was requesting prison leave for one

day and had no objection to being escorted while on leave. He stated that the reason for the request was to complete certain administrative formalities, which he listed as follows:

- (i) go to a photographer or photo booth to obtain passport photos;
- (ii) go to the Transport Ministry to renew my driving licence (medical certificate already obtained);
- (iii) go to the embassy to renew my consular registration card;
- (iv) go to see Mr [B.] at Luxembourg police station, investigations division, to pick up an envelope containing documents needed by a former client;
- (v) go to see the manager of [B.] bank in Esch/Alzette;
- (vi) go to the tax office in Esch/Alzette;
- (vii) meet a group of friends in a restaurant near Esch/Alzette;
- (viii) go to my flat in Differdange to collect the remaining documents for the same client;
- (ix) take some measurements for items I might make in the [prison] workshop;
- (x) go to Differdange town hall for a personal meeting with the mayor;
- (xi) go to the home of Ms [S.] in Luxembourg to meet her husband;
- (xii) go to my lawyer's office to hand over the missing documents for my former client;
- (xiii) if possible, go to the bookshop near [S.]'s house."

In his reply, the applicant stated further:

"... Unfortunately, the civil damages are still far from being paid, as I have not even had enough funds to make a down-payment. At the moment I am still busy repaying my loans and other debts to the various authorities under the arrangements entered into with the legal departments in order to avoid an unending series of seizures of my property. ..."

19. On 29 October 2003 a psychologist issued a certificate stating that the applicant had begun a course of psychotherapy on 19 May 1999 which had been discontinued on 30 September 2002 for reasons beyond his control. She stressed that the applicant was anxious to understand what had driven him to commit the offences and to do everything possible to avoid reoffending. On 25 November 2003 a second psychologist, who certified that he had had regular meetings with the applicant since the beginning of 2003, agreed with the comments made in the certificate of 29 October 2003.

20. On 5 November 2003 the Attorney-General's representative sent a memorandum to the prison governor stating, in particular, as follows:

“... please inform the prisoner Thomas Boulois

that by decision of the Prison Board

[the] request for prison leave ... [is] refused in view of the risk of deportation (an application was made to the Ministry of Justice on 25 June 2003, but no decision has yet been taken). There is also a risk that the prisoner might abscond, given that he has failed to reflect on his crime. Before being allowed any privileges he must begin to pay the civil party.”

B. The second request for prison leave

21. On 17 January 2004 the applicant reiterated his request, giving the same reasons and the same programme for the day's prison leave. On 27 January 2004 his lawyer confirmed the request and added, *inter alia*, the following:

“... granting [the applicant] a day's prison leave during which he could begin to put his affairs in order with a view to leading an independent life [outside] prison, [would] not only aid [the applicant's] rehabilitation and reintegration into society, but [would] also enable him to start paying damages to the civil party as quickly as possible. ...”

22. On 17 March 2004 the Attorney-General's representative sent a memorandum to the prison governor containing the following passage:

“... please inform the prisoner Thomas Boulois

that by decision of the Prison Board

the decision of 5 November 2003 refusing his request for prison leave ... remains valid.”

C. Application to the administrative courts following the refusal of the two requests for prison leave

23. On 25 May 2004 the applicant lodged an application with the Administrative Court (*tribunal administratif*) for judicial review of the decisions of the Prison Board of 5 November 2003 and 17 March 2004.

24. At a hearing held on 6 December 2004, the Administrative Court raised of its own motion the question whether it had jurisdiction to examine the application for judicial review. The government, who had not raised an objection alleging lack of jurisdiction, left the matter to the discretion of the court. The applicant pleaded that the latter had jurisdiction.

25. On 23 December 2004 the Administrative Court declined jurisdiction to examine the application for judicial review, for the following reasons:

“... A distinction must be made between administrative measures relating to the treatment of prisoners in prison (such as a decision to place them in a more secure wing of the prison, and in particular imposing a strict confinement regime – see

Administrative Court ruling no. 14568 of 10 July 2002), which are administrative decisions taken in the context of the running of the prison service, and decisions which may alter the nature or scope of a sentence imposed by the ordinary courts, which should be regarded as judicial rather than administrative decisions.

In the instant case it should be noted that the granting or refusal of the privilege of prison leave constitutes a measure which alters the ‘scope’ of the sentence imposed on the applicant by the ordinary court.

Hence, the two decisions in question are judicial in nature.

Accordingly, having regard to their nature as identified above, the impugned decisions cannot be the subject of an application to the administrative courts ...”

26. On 14 April 2005 the Higher Administrative Court (*cour administrative*) upheld that ruling in the following terms:

“The [applicant] submitted that the court had erred in declining jurisdiction to examine his application for judicial review, arguing that: no other remedy existed in respect of such refusal, with the result that section 2(1) of the Law of 7 November 1996 on the organisation of the administrative courts should be applied; the impugned decisions did not alter the scope of the sentence; and the court had denied him justice in breach of Article [6 § 1] of the [Convention] by depriving him of a fair hearing.

... The [applicant]’s case concerns a request for prison leave, in other words, a decision which alters the terms of execution of the sentence imposed by the ordinary courts and which should therefore be classified as a judicial rather than an administrative decision.

The expression ‘*the scope of the sentence imposed*’, used by the court, is not to be understood in the present case as the length of the sentence but as the manner of its execution in a broad sense.

The Administrative Court was therefore correct in declining jurisdiction to examine the application.

A finding by the administrative courts that they lack jurisdiction cannot be construed as a declaration of unwillingness on their part to rule on the issue; the allegation of a denial of justice should therefore be dismissed as unfounded.

Article [6 § 1] of the [Convention] is not applicable in respect of a body which has no power to rule on the merits. ...”

D. Further requests for prison leave submitted by the applicant and refused by the Prison Board

27. On 11 August 2004 the applicant submitted a third request for prison leave, stating, *inter alia*, as follows:

“... I have successfully attended several classes run by the CEP-L [Chamber of Employees] and would like to continue with a view to obtaining the corresponding diplomas.

The diplomas concerned are in accounting and computer (PC) use. I completed the previous courses successfully, but if I am to achieve my aim it is now essential for me to be able to attend the classes of the autumn session at the CEP-L itself. ...”

28. In a decision of 21 September 2004, the request was refused on the ground that the applicant could attend courses in prison and that he had as yet made no substantial efforts towards paying compensation to the victim. The decision also referred to the reasoning of the decision of 5 November 2003.

29. On 14 October 2004 the applicant submitted a fourth request for prison leave – which he produced for the first time before the Grand Chamber – seeking permission to spend a day with his children over the St Nicholas weekend.

30. In a decision of 14 December 2004, the request was refused on the ground that the applicant’s visiting rights in respect of his children had not yet been clearly established.

31. In a fifth request submitted on 24 February 2005, the applicant stated, among other things, that he could not understand why, in view of the need for him to reintegrate into society, he had been refused permission to attend the final classes required in order to obtain the diplomas in accounting and computing. He added that the reason he had requested prison leave was to renew his identity papers and driving licence and find a solution regarding the repayment of his debts to the various institutions and the civil party.

32. On 23 March 2005 his request was refused for failure to give reasons.

33. On 12 July 2005 a sixth request for prison leave was refused on the ground that there was a risk that the applicant would not return to prison.

34. On 4 May 2006 a seventh request for prison leave was refused on the grounds that the applicant had been making no efforts, especially with regard to paying compensation to the civil party, and had been refusing to abide by the conditions imposed on him.

E. Subsequent developments until the applicant’s release from prison

35. Following the refusal of 4 May 2006, the applicant applied to the Attorney-General’s Department on five occasions between 10 May and 29 October 2006. He requested assistance in putting in place a repayment plan appropriate to his circumstances and the demands of the civil party, and sought an explanation of the conditions imposed on him with a view to his reintegration into society, so that he could comply with them. On 6 November 2006 the Attorney-General’s representative wrote to the

applicant informing him that, as matters stood, he did not intend to reply to the various letters, which, in his view, did not call for any comment.

36. On 20 November 2006 the Attorney-General acknowledged receipt of a request from the applicant for an interview and said that he would meet him during one of his forthcoming visits to the prison. According to the applicant, the meeting never took place.

37. On 31 October 2008 the Prison Board granted the applicant one day's prison leave, subject to the condition that he would be collected from the prison and brought back there by his new girlfriend, at whose home he was to spend the day.

38. Between 12 December 2008 and 19 June 2009 the applicant was granted five periods of prison leave of two consecutive days, to be spent with his girlfriend.

39. On 20 March 2009 the applicant was transferred to Givenich semi-open prison. The same day, in a separate decision, he was granted ten days' prison leave in order to look for work and complete various administrative formalities; it was also decided to place him under the semi-custodial regime once he had found work.

40. On 24 June 2009 the applicant signed a vocational rehabilitation contract as a cook.

41. On 25 September 2009 his request for conditional release was granted.

42. In three decisions (dated 25 September and 11 December 2009 and 26 February 2010), the requests made by the applicant for suspension of his sentence, due to end on 12 October 2010, were refused.

43. On 10 February 2010 the applicant started up a business as a sole trader.

44. On 15 July 2010 the applicant's sentence was suspended. According to his submissions, he left Givenich Prison definitively on that date.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. Legislation concerning the execution of custodial sentences

45. Section 1 of the Law of 26 July 1986 on certain means of executing custodial sentences ("the 1986 Law") lists the various arrangements which execution of a custodial sentence may entail:

"The execution of a custodial sentence may entail one of the following: serving of the sentence in instalments, semi-custodial regime, prison leave, suspension of sentence, early release."

1. Definition of prison leave

46. Section 6 of the 1986 Law defines prison leave as follows:

“Prison leave shall consist of permission to leave prison either for part of a day or for periods of twenty-four hours. The time shall count towards the length of the sentence.”

2. Eligibility for prison leave

47. Section 7 of the 1986 Law provides as follows with regard to the objectives of prison leave:

“This privilege may be granted to prisoners who are domiciled or resident in the country, either for family reasons or to make preparations for their rehabilitation and reintegration into professional life, or on a trial basis with a view to their conditional release.”

48. Section 8 of the 1986 Law provides that this measure may be granted to first offenders once one-third of their sentence has been served.

49. Section 13 of the 1986 Law provides as follows:

“In applying the arrangements provided for by this Law, consideration shall be given to the personality of the prisoner, his or her progress and the risk of a further offence.”

According to the comments on this provision accompanying the relevant bill when it was submitted, the granting of measures relating to the means of executing a sentence “will never be automatic and will ultimately remain at the discretion of the post-sentencing authority, which will decide freely on the basis of the information it has obtained concerning the prisoner”.

50. Under the terms of the Grand-Ducal Regulation of 19 January 1989 laying down, *inter alia*, detailed arrangements for the granting of prison leave, such leave may be granted at the request of the prisoner concerned or his or her representative (Article 4); the request must be made in writing, unless the prisoner is unable or does not know how to write. The interval between periods of leave must be at least one month, except in special circumstances (Article 5). Where a request for prison leave is refused, no new request may be made within two months, unless new evidence comes to light (Article 6).

3. Procedure applicable to prison-leave requests

51. Section 12 of the 1986 Law states as follows:

“In the case of custodial sentences of over two years ... the measures provided for by this Law ... shall be taken by the Attorney-General or his or her representative in accordance with the majority decision of a board comprising, in addition to the Attorney-General or his or her representative, a judge and a public prosecutor.

...

The board shall be convened by the Attorney-General or his or her representative and shall be chaired by the judge.

With the exception of the Attorney-General or his or her representative, the full members and their substitutes shall be appointed by ministerial order for a renewable three-year term.”

4. Recommendation No. 30 of the Ombudsman of the Grand Duchy of Luxembourg on changes to the division of powers in respect of the execution of custodial sentences, and the follow-up thereto

52. In Recommendation No. 30, set out in his activity report on the year from 1 October 2007 to 30 September 2008, the Ombudsman expressed the view that the system for the execution of sentences in Luxembourg needed to be overhauled, and advocated the creation of the office of post-sentencing judge. The latter would give decisions, open to appeal, on applications for prison leave following adversarial proceedings.

53. In his activity report on the year from 1 October 2009 to 30 September 2010, the Ombudsman took note of the fact that the Minister of Justice, in an article published in a Luxembourg daily newspaper, had spoken in favour of handing over to a judicial body some of the powers currently exercised by the Attorney-General’s representative with responsibility for the execution of sentences or by the Prison Board. On 22 December 2011 the Minister of Justice presented the broad outlines of the planned prison reform, which included a bill approved by the government at a Cabinet meeting on 16 December 2011 reforming the system of execution of sentences by establishing, *inter alia*, a post-sentencing court. The bill must now go through the different stages of the legislative procedure.

B. Practice concerning prison leave: statistics supplied by the Government

54. There are two prisons in Luxembourg, with a prison population of around 700. Most prisoners are held in Luxembourg Prison, which is a closed institution. There is also a semi-open prison (Givenich Prison) which mainly houses prisoners approaching the end of their sentences or serving shorter sentences. Most leave the prison each day to go to work.

55. The Government stated that a distinction needed to be made between requests for prison leave made by inmates in Luxembourg Prison and those in Givenich.

1. Requests for prison leave made by persons detained in Luxembourg Prison

56. In 2009, 146 requests for prison leave were granted and 169 refused; for 2010, the figures were 114 and 128 respectively.

57. The Government observed that numerous requests for prison leave were bound to fail as they were submitted before expiry of the statutory period. In other words, the prisoners concerned had not yet served one-third of their sentence (in the case of a first offender) or half their sentence (in the case of a repeat offender), or the request was made less than two months after notification of the refusal of a previous request.

2. Requests for prison leave made by persons detained in Givenich semi-open prison

58. In 2009, 376 requests for prison leave were granted and 192 refused; for 2010, the figures were 409 and 191 respectively.

III. RELEVANT INTERNATIONAL LAW

A. Recommendation No. R (82) 16 of the Committee of Ministers to member States on prison leave (adopted on 24 September 1982)

59. The Recommendation states, *inter alia*, as follows:

“The Committee of Ministers, under the terms of Article 15.b of the Statute of the Council of Europe,

...

Considering that prison leave is one of the means of facilitating the social reintegration of the prisoner;

Having regard to experience in this field,

Recommends the governments of member States:

1. to grant prison leave to the greatest extent possible on medical, educational, occupational, family and other social grounds;

2. to take into consideration for the granting of leave:

– the nature and seriousness of the offence, the length of the sentence passed and the period of detention already completed,

– the personality and behaviour of the prisoner and the risk, if any, he may present to society,

– the prisoner’s family and social situation, which may have changed during his detention,

- the purpose of leave, its duration and its terms and conditions;
- 3. to grant prison leave as soon and as frequently as possible having regard to the aforementioned factors;
- 4. to grant prison leave not only to prisoners in open prisons but also to prisoners in closed prisons, provided that it is not incompatible with public safety;
- ...
- 9. to inform the prisoner, to the greatest extent possible, of the reasons for a refusal of prison leave;
- 10. to provide the means by which a refusal can be reviewed;

..."

B. Recommendation Rec(2003)23 of the Committee of Ministers to member States on the management by prison administrations of life sentence and other long-term prisoners (adopted on 9 October 2003)

60. The Recommendation, in its relevant parts, reads as follows:

“The Committee of Ministers, under the terms of Article 15.b of the Statute of the Council of Europe,

...

Bearing in mind the relevance of the principles contained ... in particular [in]:

- Recommendation No. R (82) 16 on prison leave;

...

1. For the purposes of this recommendation, a ... long-term prisoner is one serving a prison sentence or sentences totalling five years or more.

...

2. The aims of the management of ... long-term prisoners should be:

...

- to increase and improve the possibilities for these prisoners to be successfully resettled in society and to lead a law-abiding life following their release.

...

- 23.b. Particular efforts should be made to allow for the granting of various forms of prison leave, if necessary under escort, taking into account the principles set out in Recommendation No. R (82) 16 on prison leave.

..."

C. Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member States on the European Prison Rules (adopted on 11 January 2006)

61. The Recommendation reads, *inter alia*, as follows:

“The Committee of Ministers, under the terms of Article 15.b of the Statute of the Council of Europe,

...

Stressing that the enforcement of custodial sentences and the treatment of prisoners necessitate taking account of the requirements of safety, security and discipline while also ... offer[ing] ... treatment programmes to inmates, thus preparing them for their reintegration into society;

...

Endorsing once again the standards contained in the recommendations of the Committee of Ministers of the Council of Europe, ... and in particular ... Rec(2003)23 on the management by prison administrations of life sentence and other long-term prisoners;

...

103.2 As soon as possible after such admission, reports shall be drawn up for sentenced prisoners about their personal situations, the proposed sentence plans for each of them and the strategy for preparation for their release.

103.3 Sentenced prisoners shall be encouraged to participate in drawing up their individual sentence plans.

103.4 Such plans shall as far as is practicable include:

...

d. preparation for release.

...

103.6 There shall be a system of prison leave as an integral part of the overall regime for sentenced prisoners.

...

107.1 Sentenced prisoners shall be assisted in good time prior to release by procedures and special programmes enabling them to make the transition from life in prison to a law-abiding life in the community.

107.2 In the case of those prisoners with longer sentences in particular, steps shall be taken to ensure a gradual return to life in free society.

...”

THE LAW

ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 § 1 OF THE CONVENTION

62. The applicant submitted that he had been deprived of his right to a fair hearing and his right of access to a court in connection with the refusal of his requests for prison leave. He alleged a violation of Article 6 § 1 of the Convention, the relevant parts of which provide:

“In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a ... hearing ... by [a] ... tribunal ...”

A. The Chamber judgment

63. In its judgment of 14 December 2010, the Chamber held that Article 6 of the Convention was not applicable under its criminal head. However, it ruled that the applicant’s complaint was compatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention, in so far as it related to Article 6 under its civil head. In the Chamber’s view, the applicant could arguably maintain that, as a prisoner, he was entitled to be granted prison leave once he satisfied all the requirements laid down by the legislation. The Chamber further observed that the restrictions on the right to a court to which the applicant claimed to have been subjected in the context of his requests for prison leave related to a set of prisoners’ rights which the Council of Europe had recognised by means of the European Prison Rules, adopted by the Committee of Ministers and clarified in three Recommendations. The Chamber therefore concluded that a dispute over “rights” within the meaning of Article 6 § 1 could be said to have existed. As to whether the rights in question were “civil” rights, it pointed out that the proceedings concerning the applicant’s various requests for prison leave had raised the issue of his interest in reorganising his professional and social life on his release from prison. In the Chamber’s view, the applicant’s requests for prison leave had been motivated by his wish to attend classes with a view to obtaining diplomas in accounting and computer use and to complete certain administrative formalities with his bank and various institutions (including the renewal of his driving licence and his consular registration card). The Chamber considered that the restriction alleged by the applicant, in addition to its pecuniary implications, related to his personal rights, in view of the significance of his interest in resettling in society. It took the view that the applicant’s social rehabilitation was crucial to the protection of his right to lead a private life and develop his social identity. It therefore concluded that the proceedings in question had related to a civil right.

64. The Chamber held that there had been a violation of Article 6 of the Convention, on the grounds that the Prison Board had not satisfied the requirements of a “tribunal” within the meaning of Article 6 § 1 and that the lack of any decision on the merits had nullified the effect of the administrative courts’ review of the Prison Board’s decisions.

B. The parties’ submissions

1. *The Government*

(a) Applicability of Article 6 of the Convention

65. The Government submitted that Article 6 of the Convention was not applicable to the present case.

66. Referring to the principles established in the Court’s case-law in this sphere, they submitted that the applicant had not had a “right” within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention.

67. In the Government’s submission, it was clear from the wording of the national legislation that the granting of prison leave was merely a *privilege* to which there was no automatic entitlement.

68. A Court of Appeal judgment of 9 February 2000 had ruled indirectly on the nature of decisions relating to the granting of prison leave. The case in question concerned the issue of State liability for damage caused by a prisoner during his prison leave. The Court of Appeal had specified that, in providing that prisoners *might* be eligible for certain measures contributing to the maintenance of their family ties and to making preparations for their resettlement into society, the legislature had created a particular risk for third parties which gave rise to a State duty to afford redress.

69. Furthermore, the Prison Board had full discretion in the matter. The legislature had not imposed an absolute obligation to grant prison leave: even assuming that the various criteria established by section 7 of the 1986 Law were met, the Prison Board was entirely free to assess whether the person concerned merited the privilege. The Government inferred from this that the Chamber had been incorrect in ruling that the applicant could claim entitlement to prison leave once he satisfied the criteria. They took the view that, even in such circumstances, the law authorised the members of the Prison Board to refuse a request. Each case was examined with reference to the nature and circumstances of the offence committed and the prisoner’s personality.

70. The Government added that the Chamber had wrongly concluded that the applicant possessed rights on the basis of the European Prison Rules

adopted by the Committee of Ministers. The relevant Recommendations laid down guidelines for the member States with a view to harmonising the rules in force, and as such did not constitute a source of domestic or international law. They left member States a wide margin of appreciation when it came to granting prison leave and were not intended to create an absolute right to prison leave, without specific conditions attached, each time a prisoner requested it. In the Government's view, while member States were required to make provision in their legal systems for the resettlement of prisoners, the manner in which they did so was for them to decide.

71. The Government further disputed the assertion that the "right" claimed by the applicant was in any sense a "civil" right.

72. In their submission, the Chamber had rightly dismissed the family reasons cited by the applicant, since his requests for prison leave had not been based on a wish to see his children. Nor could the applicant claim that the refusal of his requests for prison leave had hampered his efforts to resettle outside prison, as the system in Luxembourg afforded prisoners a wide range of possibilities in that regard, including psychological counselling and training, of which the applicant had been able to take advantage.

73. Lastly, the Government argued that the case of *Enea v. Italy* ([GC], no. 74912/01, ECHR 2009) was distinguishable from the instant case, in which the applicant had been detained under the standard regime and had been subjected only to the restrictions inherent in any custodial sentence.

(b) Merits

74. In the Government's view, the Prison Board satisfied the requirements of Article 6 § 1 of the Convention, in terms of both independence and impartiality. Neither the creation of such a body nor the fact that the administrative courts had declined jurisdiction to examine the applicant's application had impaired the very essence of any right he might have had. The Prison Board issued decisions refusing or granting prison leave on the basis of objective factors and giving reasons, and prisoners could submit as many requests for prison leave as they wished.

2. *The applicant*

(a) Applicability of Article 6 of the Convention

75. The applicant submitted that he had possessed a "right" within the meaning of Article 6 of the Convention.

76. He pointed out that prison leave was not automatically granted merely because the objective criteria set out in sections 7 and 8 of the 1986 Law had been met, as section 13 required that the personality of the

prisoner, his or her progress and the risk of a further offence also be taken into account. Since the minimum “punitive” period – in other words, the period during which the applicant had to be kept in detention without being eligible for release – had expired on completion of one-third of his sentence (section 8), he could, from that point onwards, claim the right to be granted prison leave, although the Board could still take the view that the criteria of section 13 were not met. While the Government were right, in terms of section 13, to characterise the decision taken by the Board as “discretionary”, the existence of this power, which was legitimate with regard to the execution of sentences, was perfectly consistent with the principle of the rule of law provided it was subject to review. However, where there was no such review, the power became arbitrary. The applicant concluded that once he had met the conditions listed in sections 7 and 8 of the 1986 Law, he had had, at least on arguable grounds, the right to have his request for prison leave considered in the light of the subjective criteria of section 13 of the Law. Hence, the discretionary power of the Prison Board in no sense ruled out the characterisation of the measure in question as a “right” (the applicant cited, *mutatis mutandis*, *H. v. Belgium*, 30 November 1987, § 43, Series A no. 127-B).

77. In support of this claim the applicant cited the fact that the Chairman of the Bar had granted him legal aid in the proceedings before the Prison Board and the administrative courts (he referred, *mutatis mutandis*, to *Z and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 29392/95, § 89, ECHR 2001-V), and the fact that the Government’s representative had agreed without reservation to discuss the merits of the case brought before the Administrative Court. He added that the Ombudsman, in making a case for the creation of the office of post-sentencing judge, appeared to recognise the right to prison leave. The applicant also cited a passage from the preparatory texts of the 1986 Law which placed the emphasis on sentences that prepared prisoners for a future outside prison where a return to the community was possible.

78. The applicant added that prison leave also constituted a right in Luxembourg because it was a measure that reflected a principle of international law generally recognised by the member States of the Council of Europe and even by the United Nations. In his view, the Chamber had correctly referred to the Court’s ruling in *Enea* (cited above) as confirmation of the recognition of a “right” under domestic law. That judgment cited the Recommendations of the Committee of Ministers, which, while they were non-binding, identified a set of prisoners’ rights recognised by the member States.

79. The applicant further submitted that his right had been a “civil” right. He criticised the fact that he had been deprived of any prospect of reintegration over the five-year period during which his requests for prison leave had been refused. He stressed that prison leave should promote and encourage the resettlement efforts of convicted prisoners who had been temporarily removed from the community.

(b) Merits

80. In the applicant’s submission, none of the guarantees of Article 6 of the Convention had been afforded to him, either before the Prison Board or in the administrative courts. He called into question, in particular, the independence and impartiality of the Prison Board, which included two members of the public prosecution service. He stressed the fact that the Attorney-General’s representative responsible for the execution of sentences who had sat on the Prison Board that had refused his first two requests for prison leave had been the same person who, in her capacity as Advocate-General exercising the functions of a public prosecutor, had sought his conviction before the Court of Appeal. From a procedural angle, the applicant complained of the fact that no hearings had been held or oral submissions heard.

C. The Grand Chamber’s assessment

1. Applicability of Article 6 of the Convention

81. In the Court’s view, the Government’s preliminary objection that Article 6 of the Convention is inapplicable is so closely linked to the substance of the applicant’s complaint that it should be joined to the merits of the case.

2. Merits

(a) General considerations

82. The Court reaffirms its settled case-law to the effect that prisoners in general continue to enjoy all the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention save for the right to liberty, where lawfully imposed detention expressly falls within the scope of Article 5 of the Convention. It is inconceivable that a prisoner should forfeit those rights and freedoms merely because of his status as a person detained following conviction (see *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [GC], no. 74025/01, §§ 69-70, ECHR

2005-IX; *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, § 67, ECHR 2007-V; and *Stummer v. Austria* [GC], no. 37452/02, § 99, ECHR 2011).

83. The Court has also had occasion to recognise the legitimate aim of a policy of progressive social reintegration of persons sentenced to imprisonment (see *Mastromatteo v. Italy* [GC], no. 37703/97, § 72, ECHR 2002-VIII; *Maiorano and Others v. Italy*, no. 28634/06, § 108, 15 December 2009; and *Schemkamper v. France*, no. 75833/01, § 31, 18 October 2005).

84. In the instant case the Court observes that the applicant relied on Article 6 of the Convention in complaining of the refusal of his requests for prison leave. The Court's first task is therefore to examine whether the applicant's complaint is compatible *ratione materiae* with Article 6.

85. Like the Chamber, the Grand Chamber considers that Article 6 § 1 of the Convention is not applicable under its criminal head, as the proceedings concerning the prison system did not relate in principle to determination of a "criminal charge" (see *Enea*, cited above, § 97).

86. The Court must therefore consider whether the applicant had a "civil right", in order to assess whether the procedural safeguards afforded by Article 6 § 1 of the Convention were applicable to the proceedings concerning his requests for prison leave.

87. According to the Court's traditional case-law, the examination of requests for temporary release or of issues relating to the manner of execution of a custodial sentence do not fall within the scope of Article 6 § 1 (see *Neumeister v. Austria*, 27 June 1968, p. 19, §§ 22-23, Series A no. 8; *Lorsé and Others v. the Netherlands* (dec.), no. 52750/99, 28 August 2001; and *Montcornet de Caumont v. France* (dec.), no. 59290/00, ECHR 2003-VII).

88. It is true that the Court has recently found a "civil" right to be in issue in relation, for instance, to a prisoner's family visits or correspondence (see *Enea*, cited above, § 119, and *Ganci v. Italy*, no. 41576/98, §§ 20-26, ECHR 2003-XI). In the Court's view, however, this line of case-law does not concern the situation under consideration in the present case.

89. In order to ascertain whether, in the present case, the civil limb of Article 6 § 1 of the Convention was applicable to the proceedings concerning the applicant's requests for prison leave, it must first be determined whether he possessed a "right" within the meaning of that provision.

(b) Existence of a "right"

(i) Recapitulation of the case-law

90. The Court reiterates that for Article 6 § 1 in its "civil" limb to be applicable, there must be a dispute ("contestation" in the French text) over a "right" which can be said, at least on arguable grounds, to be recognised under

domestic law, irrespective of whether it is protected under the Convention. The dispute must be genuine and serious; it may relate not only to the actual existence of a right but also to its scope and the manner of its exercise; and, finally, the result of the proceedings must be directly decisive for the right in question, mere tenuous connections or remote consequences not being sufficient to bring Article 6 § 1 into play (see, among other authorities, *Micallef v. Malta* [GC], no. 17056/06, § 74, ECHR 2009).

91. Article 6 § 1 does not guarantee any particular content for (civil) “rights and obligations” in the substantive law of the Contracting States: the Court may not create by way of interpretation of Article 6 § 1 a substantive right which has no legal basis in the State concerned (see, for example, *Fayed v. the United Kingdom*, 21 September 1994, § 65, Series A no. 294-B, and *Roche v. the United Kingdom* [GC], no. 32555/96, § 119, ECHR 2005-X). The starting-point must be the provisions of the relevant domestic law and their interpretation by the domestic courts (see *Masson and Van Zon v. the Netherlands*, 28 September 1995, § 49, Series A no. 327-A, and *Roche*, cited above, § 120). This Court would need strong reasons to differ from the conclusions reached by the superior national courts by finding, contrary to their view, that there was arguably a right recognised by domestic law (*ibid.*).

92. In carrying out this assessment, it is necessary to look beyond the appearances and the language used and to concentrate on the realities of the situation (see *Van Droogenbroeck v. Belgium*, 24 June 1982, § 38, Series A no. 50, and *Roche*, cited above, § 121).

93. Whether or not the authorities enjoyed discretion in deciding whether to grant the measure requested by a particular applicant may be taken into consideration and may even be decisive. Hence, in *Masson and Van Zon* (cited above, § 51), the Court concluded that no right existed, whereas in *Szücs v. Austria* (24 November 1997, § 33, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VII) it recognised the existence of a right. Nevertheless, the Court has had occasion to state that the mere fact that the wording of a legal provision affords an element of discretion does not in itself rule out the existence of a right (see *Camps v. France* (dec.), no. 42401/98, 23 November 1999, and *Ellès and Others v. Switzerland*, no. 12573/06, § 16, 16 December 2010).

94. Other criteria which may be taken into consideration by the Court include the recognition of the alleged right in similar circumstances by the domestic courts or the fact that the latter examined the merits of the applicant’s request (see *Vilho Eskelinen and Others v. Finland* [GC], no. 63235/00, § 41, ECHR 2007-II).

(ii) *Application of these principles to the present case*

95. The Court notes first of all that a “dispute” existed in the present case, concerning the actual existence of the right to prison leave claimed by the applicant.

96. As regards the issue whether such a “right” could be said, at least on arguable grounds, to be recognised in domestic law, the Court observes that section 6 of the 1986 Law defines prison leave as permission to leave prison either for part of a day or for periods of twenty-four hours. Section 7 states that this is a “privilege” which “may be granted” to prisoners in certain circumstances (see paragraphs 47-49 above).

97. The notion of “privilege” may have different meanings in different contexts; it may refer either to a concession that can be granted or refused as the authorities see fit, or to a measure which the authorities are bound to grant once the person concerned satisfies certain prior conditions.

98. In the instant case the Court is of the view that the term “privilege” as characterised by the legislature should be analysed in conjunction with the phrase “may be granted” and in the light of the comments accompanying the relevant bill, according to which the granting of measures relating to the means of executing a sentence “will never be automatic and will ultimately remain at the discretion of the post-sentencing authority ...” (see paragraph 49 above). Thus it was clearly the legislature’s intention to create a privilege in respect of which no remedy was provided. Unlike the case of *Enea* (cited above), which concerned a restriction on the existing scope of rights, the present case concerns a benefit created as an incentive to prisoners.

99. Furthermore, the parties have both acknowledged that, even where the various criteria laid down by section 7 of the 1986 Law are met, the Prison Board enjoys a certain degree of discretion in deciding whether the prisoner concerned merits the privilege in question. It is apparent from the information provided to the Court that the 1986 Law and the Grand-Ducal Regulation of 19 January 1989 lay down the arrangements governing prison leave and the circumstances in which it may, where applicable, be granted. It is within this legal framework that the Prison Board, each time a request is submitted to it, examines the report prepared by a committee (the “guidance committee”) on the prisoner concerned. The Board takes into consideration the personality of the prisoner, his or her progress and the risk of a further offence, in order to assess whether he or she may be granted prison leave. The statistics produced by the Government (see paragraphs 54-58 above) confirm the discretionary nature of the competent authorities’ powers. It

follows that prisoners in Luxembourg do not have a right to obtain prison leave, even if they formally meet the required criteria.

100. As to the question of the interpretation of the legislation by the domestic courts, the Court observes that the administrative courts declined jurisdiction to examine the applicant's application for judicial review. They held that, since they altered the terms of execution of the sentence imposed by the ordinary courts, the decisions contested by the applicant had been judicial rather than administrative in nature. The parties were unable to produce any other judicial or administrative decision determining an appeal against a decision refusing prison leave (see, conversely, *Vilho Eskelinen and Others*, cited above, § 41, and *Rotaru v. Romania* [GC], no. 28341/95, § 78, ECHR 2000-V). The Court observes that its findings in *Enea* (cited above) cannot validly be transposed to the present case. Whereas the Italian Constitutional Court had found sections 35 and 69 of the Prison Administration Act to be in breach of the Constitution because they did not provide for judicial review of decisions liable to infringe prisoners' rights, the parties in the present case have not produced any ruling by a judicial body in Luxembourg to the same effect (see, conversely, *Enea*, cited above, § 100).

101. It is thus apparent from the terms of the legislation in Luxembourg, and from the information provided on the practice concerning prison leave, that the applicant could not claim, on arguable grounds, to possess a "right" recognised in the domestic legal system.

102. Furthermore, it must be pointed out that, although the Court has recognised the legitimate aim of a policy of progressive social reintegration of persons sentenced to imprisonment (see paragraph 83 above), neither the Convention nor the Protocols thereto expressly provide for a right to prison leave. The Court also notes that the right to prison leave is likewise not recognised, as such, under any principle of international law on which the applicant seeks to rely. Lastly, no consensus exists among the member States regarding the status of prison leave and the arrangements for granting it. In some countries, the decision-making authority is obliged to grant leave once the statutory conditions are met, while in others it enjoys complete discretion in the matter. Similarly, not all States provide avenues of appeal against decisions refusing prison leave. Hence, in this respect also, the present case is distinguishable from *Enea* (cited above).

103. In any event, the Court observes that the Luxembourg authorities, far from being indifferent to the issue of resettlement of prisoners, provide other means of achieving this aim in addition to prison leave. The legislation in Luxembourg draws its inspiration from, among other sources, the Recommendation of the Committee of Ministers on prison leave which,

while it advocates providing “the means by which a refusal can be reviewed”, also lists different factors which the national authorities may take into consideration when it comes to granting prison leave (see paragraph 59 above). Furthermore, in addition to “a system of prison leave as an integral part of the overall regime for sentenced prisoners”, programmes have been put in place enabling the latter “to make the transition from life in prison to a law-abiding life in the community” (see paragraph 61 above). Lastly, the Court notes with interest the legislative reform which is under way concerning the execution of sentences (see paragraph 53 above).

104. In view of all the foregoing considerations, the Court cannot consider that the applicant’s claims related to a “right” recognised in Luxembourg law or in the Convention. Accordingly, it concludes, like the Government, that Article 6 of the Convention is not applicable.

105. It follows that the Government’s preliminary objection should be allowed. There has therefore been no breach of Article 6 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Joins to the merits* unanimously the Government’s preliminary objection;
2. *Holds* by fifteen votes to two that Article 6 of the Convention is not applicable;
3. *Holds* by fifteen votes to two that there has therefore been no violation of Article 6 § 1 of the Convention.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 3 April 2012.

Vincent Berger
Jurisconsult

Nicolas Bratza
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the separate opinion of Judges Tulkens and Yudkivska is annexed to this judgment.

N.B.
V.B.

**JOINT DISSENTING OPINION
OF JUDGES TULKENS AND YUDKIVSKA**

(Translation)

With due respect, we do not share the majority's view that Article 6 of the Convention is not applicable and, accordingly, has not been breached.

Subject matter and issue at stake

1. It is important to be clear from the outset as to the subject matter of this case. It concerned, from the standpoint of Article 6 of the Convention, a prisoner's right of access to a court and his right to a fair procedure in order to complain about the decisions of the Prison Board refusing his six requests for prison leave. Thus, our Court's task was in no sense to rule on whether those requests were reasonable and well-founded but solely, in accordance with the subsidiarity principle, to satisfy itself that a domestic court could do so, which was not the position here. That is the issue at stake in this case.

Background

2. The issue before the Court should be seen against the background of the development of the law on execution of sentences which can be observed both at international level and in domestic law and which has the role of providing a legal basis for all matters concerning the execution of sentences which, until recently, fell almost entirely within the responsibility of the executive and the competent administrative authorities.

3. The crucial issue in this case is that of the arrangements for execution of a sentence and, more specifically, prisoners' external legal status, which encompasses the various measures whereby prisoners retain or regain their liberty, whether fully or partially, temporarily or permanently. The measures that may be ordered, from the most limited to the most significant, are temporary leave of absence and prison leave, interruption of the sentence, weekend release, semi-custodial and limited detention regimes, compulsory residence under electronic surveillance, temporary release and conditional release.

4. In the Grand Duchy of Luxembourg, the Law of 26 July 1986 on certain means of executing custodial sentences makes provision for arrangements designed to mitigate the desocialising effects of detention and to help prisoners maintain contact with family, the workplace and society as far as

possible¹. The bill's sponsors felt that preparation for release was important. The explanatory memorandum is very clear on this point: "for prisoners who may be expected to reintegrate into society, instead of prison, which 'disrupts the immediate past and the present, sentences must be found which prepare for the future, a future which will be lived in freedom'"².

5. Prison leave forms part of this approach. As stated in the report by the Legal Affairs Committee on the bill, the aim of "this measure is to be viewed in the context of individualised treatment and in the light of a guidance plan. Need it be pointed out that granting such a measure should encourage prisoners' gradual social rehabilitation and lessen the tensions caused by prison life? ... Prison leave serves as a natural means of transition between prison life and life in the community ... Prison leave is a useful transitional measure which considerably increases the prisoner's prospects of social reintegration after serving the sentence"³. In this connection, prison leave consists initially of occasional short periods of leave which, if the prisoner shows signs of progress, are then granted on a more regular basis for periods of several days, leading to a semi-custodial regime which may be followed by conditional release.

6. The competent authority for granting prison leave is the Attorney-General or his or her representative. For custodial sentences of more than two years, as in the instant case, the decision to grant prison leave is taken in accordance with a majority decision of a prison board comprising, in addition to the Attorney-General or his or her representative, a judge and a public prosecutor (section 12 of the Law of 26 July 1986). However, during the drafting of the Law of 26 July 1986, "the government, not having envisaged amending the regulations on this point, nevertheless took the view that a reform appeared desirable to address criticisms of the quasi-discretionary powers enjoyed by the Attorney-General or his or her representative in ruling on the practical execution of custodial sentences"⁴. No specific appeal is provided for in the Law of 26 July 1986, for instance to the criminal courts.

1. See A. and D. Spielmann, *Droit pénal général luxembourgeois*, Brussels, Bruylant, 2nd ed., 2004, pp. 539 et seq.

2. Bill on certain means of executing custodial sentences, Explanatory memorandum, Doc. parl., no. 2870, Chamber of Deputies, ordinary session 1984-85, 27 February 1985, p. 4, citing a study by P. Graven, "La réforme pénale européenne et la révision partielle du C.P.S.", Rev. pén. suisse, 1969, pp. 225 et seq.

3. Bill on certain means of executing custodial sentences, Report by the Legal Affairs Committee, Doc. parl., no. 2870, Chamber of Deputies, ordinary session 1985-86, 5 June 1986, p. 3.

4. A. and D. Spielmann, *Droit pénal général luxembourgeois*, op. cit., pp. 541-42. See also Bill on certain means of executing custodial sentences, Explanatory memorandum, Doc. parl., no. 2870, Chamber of Deputies, ordinary session 1984-85, 27 February 1985, p. 3.

7. Lastly, a study of the comparative law reveals that, whatever the competent authority, reasons for the decision are usually required, as is the possibility of review by an administrative or judicial body. In France, for example, prior to the Law of 9 March 2004, which now provides that orders concerning matters such as temporary leave of absence may be challenged by means of an appeal to the post-sentencing division of the Court of Appeal by the prisoner, State Counsel or Principal State Counsel and even by means of an appeal to the Court of Cassation, our Court noted in *Schemkamper v. France* that, at the material time, orders concerning temporary leave of absence could not be challenged by the prisoner, resulting in a violation of Article 13 of the Convention “on account of the absence in domestic law of a remedy by which the applicant could have challenged the decision to refuse him leave of absence”¹.

Article 6 of the Convention

Applicability

8. While the Convention institutions have traditionally taken the view that Article 6 is in principle not applicable to proceedings concerning the execution of sentences, a certain trend can be observed in the case-law regarding proceedings conducted in prison. Thus, the Court recently held that Article 6 § 1 was applicable under its civil head to disputes concerning security measures (placement in a high-security cell or a high-supervision unit)² and disciplinary proceedings³.

9. First of all, as regards the existence of a “right”, the majority dismisses it categorically on the grounds that prison leave is classified in the Law of 26 July 1986 as a “privilege” rather than a right. This argument does not appear to us to be decisive.

10. In the same way as the concept of a “criminal” charge, the term “right” in Article 6 is an autonomous concept which should be defined in the light of the object and purpose of the Convention and does not necessarily depend on the classification adopted in domestic law. Otherwise, this issue would be determined differently in different member States in relation to the same measure. In addition, the Court has already accepted “that the mere fact that the wording of a legal provision affords an element of discretion does not in itself rule out the existence of a civil right” (see *Lambourdière*

1. *Schemkamper v. France*, no. 75833/01, § 44, 18 October 2005.

2. *Ganci v. Italy*, no. 41576/98, §§ 20-26, ECHR 2003-XI; *Musumeci v. Italy*, no. 33695/96, § 36, 11 January 2005; *Enea v. Italy* [GC], no. 74912/01, § 107, ECHR 2009; and *Stegarescu and Bahrin v. Portugal*, no. 46194/06, § 39, 6 April 2010.

3. *Gülmez v. Turkey*, no. 16330/02, §§ 27-31, 20 May 2008.

v. France, no. 37387/97, § 24, 2 August 2000, and *Camps v. France* (dec.), no. 42401/98, 23 November 1999). Lastly, the prevailing views of experts in criminal law and criminology have changed radically regarding the purposes and functions of sentences. Prison leave is not a special favour, or a privilege, or a concession, or an indulgence; like any other arrangement for the execution of custodial sentences, it is a necessary measure in terms of preparing for and envisaging the prospect of the prisoner's release. If the measure proves a failure, it will not be renewed, and continued supervision and surveillance will thus remain possible. Accordingly, the fact that a post-sentencing measure is classified as a "privilege" in domestic law is not sufficient, in our view, to deprive persons laying claim to it of the right to have their case heard in accordance with the principles enshrined in Article 6 of the Convention.

11. In the present case the existence of such a right has been implicitly acknowledged in domestic law, since the applicant was able to lodge an application with the administrative courts for judicial review of the first two refusals by the Prison Board. Although the administrative courts declined jurisdiction, this was for a different reason, namely because the granting or refusal of the privilege of prison leave was a measure which altered the scope of the sentence imposed on the applicant. Accordingly, the impugned decisions, given their nature, could not be the subject of an application to the administrative courts. The Government's representative had, moreover, agreed, without any reservations, to discuss the merits of the case brought before the Administrative Court. The situation before us could be said to resemble, *mutatis mutandis*, the *Vilho Eskelinen and Others v. Finland* judgment ([GC], no. 63235/00, ECHR 2007-II) concerning the applicability of Article 6 under its civil head to civil servants and State officials, where the Court found that "in very many Contracting States access to a court is accorded to civil servants, allowing them to bring claims for salary and allowances, even dismissal or recruitment, on a similar basis to employees in the private sector" (§ 57). The Court therefore concluded that "in order for the respondent State to be able to rely before the Court on the applicant's status as a civil servant in excluding the protection embodied in Article 6 ... the State in its national law must have expressly excluded access to a court for the post or category of staff in question" (*ibid.*, § 62).

12. As to the civil nature of the right, it is true that in its *Aerts v. Belgium* judgment (30 July 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-V) the Court held, in relation to measures for the detention of mentally ill persons, that the right to liberty was a civil right. Unfortunately, it did so with very little explanation, which weakened the judgment's impact. However, we can apply in the instant case the reasoning adopted by the Grand Chamber in

Enea and reproduced in *Stegarescu and Bahrin* (both cited above), which has become final. Firstly, the Court reiterates that “Article 6 § 1 extends to ‘contestations’ (disputes) over civil ‘rights’ which can be said, at least on arguable grounds, to be recognised under domestic law, irrespective of whether they are also protected under the Convention”. It further observes that “some of the restrictions alleged by the applicant – such as those restricting his contact with his family and those affecting his pecuniary rights – clearly fell within the sphere of personal rights and were therefore civil in nature” (see *Enea*, cited above, § 103).

13. This position certainly corresponds to the present case since it is not disputed that the applicant requested prison leave not only for family reasons but also for professional and social reasons. The right in question is “civil” in nature, particularly on account of the importance of the measures assisting the prisoner’s reintegration into society. What was at stake in the proceedings concerning his various requests for prison leave was therefore his interest in making new arrangements for his professional and social life on his release from prison, a matter falling within the sphere of personal rights. More specifically, the applicant’s requests for prison leave in 2005 were intended to enable him to exercise outside prison his right of contact with his children, who were reluctant to visit him there. His other requests were made with a view to his professional and social reintegration, his aim being to prepare the ground for securing gainful employment, in particular with a view to paying compensation to the victim and settling his debts. The refusals by the Prison Board were directly decisive for the civil right in question.

14. To acknowledge, for the purposes of Article 6, that a prisoner has a “civil right”, particularly in view of the importance of measures to assist the prisoner’s social reintegration, does not entail departing from previous case-law but rather applying and developing it in the context of the prisoner’s external legal status, that is, in the context of measures concerning his gradual return to the community (see paragraph 3 above). Where the first stages of the prisoner’s return to the community depend on another person’s good will (or lack of it), the entire resettlement plan can be thwarted.

15. Lastly, according to the settled case-law of the Convention institutions, Article 6 § 1 is applicable only if there is a genuine and serious “dispute” (see *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, 23 September 1982, § 81, Series no. 52). The dispute may relate not only to the existence of a right but also to its scope and the manner of its exercise (see, for example, *Zander v. Sweden*, 25 November 1993, § 22, Series A no. 279-B), and the outcome of the proceedings must be directly decisive for the right in question, mere tenuous connections or remote consequences not being sufficient to bring Article 6

§ 1 into play (see, for example, *Masson and Van Zon v. the Netherlands*, 28 September 1995, § 44, Series A no. 327-A, and *Fayed v. the United Kingdom*, 21 September 1994, § 56, Series A no. 294-B). In the present case it seems clear that a “dispute” arose when the Prison Board refused the various requests for prison leave based in particular on the applicant’s plans for his reintegration into society and the workforce. That dispute, which was genuine and serious, related to the actual existence of a civil right, within the meaning of the Convention, asserted by the applicant. By applying to the administrative courts for judicial review, the applicant sought to have the case referred to the competent authority so that the latter could rule afresh on his requests for prison leave. The outcome of the proceedings before the administrative courts was therefore directly decisive for the right at stake.

Merits

16. Since the dispute over the decisions taken in respect of the applicant has to be regarded as a dispute relating to “civil rights and obligations”, he was entitled to have his case heard by a “tribunal” satisfying the conditions laid down in Article 6 § 1 (see *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, 23 June 1981, § 50, Series A no. 43). However, for the purposes of Article 6 § 1 a tribunal need not be a court of law integrated within the standard judicial machinery. What is important to ensure compliance with Article 6 § 1 are the guarantees, both substantive and procedural, which are in place (see *Rolf Gustafson v. Sweden*, 1 July 1997, § 45, Reports 1997-IV). Thus, a “tribunal” is characterised in the substantive sense of the term by its judicial function, that is to say, determining matters within its competence on the basis of rules of law and after proceedings conducted in a prescribed manner (see *Argyrou and Others v. Greece*, no. 10468/04, § 24, 15 January 2009). It must also satisfy a series of further requirements – independence, in particular of the executive; impartiality; duration of its members’ terms of office; guarantees afforded by its procedure – several of which appear in the text of Article 6 § 1 itself (see *Demicoli v. Malta*, 27 August 1991, § 39, Series A no. 210). With that proviso, in the case before us the Prison Board could not in itself be said to satisfy the requirements of a “tribunal” within the meaning of Article 6 § 1.

17. Further to each of the applicant’s requests for prison leave between 2003 and 2006, he was informed through the intermediary of the prison governor of the decisions of 5 November 2003; 17 March, 21 September and 14 December 2004; 23 March and 12 July 2005; and 4 May 2006 refusing the requests, without the Prison Board having determined the matter “after proceedings conducted in a prescribed manner” (see, conversely, *Argyrou*

and Others, cited above, § 25). One of the problems here lies in the reasons given. As can be seen, the majority of the requests for prison leave were refused for the reason, in particular, that the applicant had not compensated the victim. This results in a vicious circle since, if the prisoner is unable to engage in gainful employment, the prospect of compensating the victim will become largely illusory. Of course, it is not for our Court to assess the merits of the reasons given, which is the task of the domestic court. However, and this is precisely the problem, the reasons given in the present case were brief in the extreme.

18. In addition, the Attorney-General's representative responsible for the execution of sentences (who had sat on the Prison Board that had refused the applicant's first two requests for prison leave) was the same person who, in her capacity as Advocate-General exercising the functions of a public prosecutor, had sought the applicant's conviction before the Court of Appeal. In more general terms, the Attorney-General or his or her representative, who, according to the law, is the decision-making authority when it comes to the execution of sentences, clearly cannot be considered to be an independent and impartial judicial authority for the purposes of Article 6 (see, *mutatis mutandis*, *Medvedyev and Others v. France* [GC], no. 3394/03, ECHR 2010, and *Moulin v. France*, no. 37104/06, 23 November 2010).

19. There is also the question of appeal. The Government emphasised the discretionary nature of the domestic authorities' decision on requests for prison leave. This implies that even if all the conditions/criteria for granting prison leave are satisfied, the Prison Board may still refuse the request. Even assuming that the existence of such discretionary power is legitimate with regard to the execution of sentences, it cannot be consistent with the principle of the rule of law unless it is subject to review. Where there is no such review, the power becomes arbitrary.

20. The applicant made an application for judicial review of the first two refusals by the Prison Board. The Administrative Court and the Higher Administrative Court both found that they lacked jurisdiction to examine the application on the ground that the granting or refusal of the privilege of prison leave was a measure which altered the scope of the sentence imposed on the applicant. Accordingly, the impugned decisions, given their nature, could not be the subject of an application to the administrative courts. This hints at the need to have a specific post-sentencing judge or court, as is fortunately the case today in many countries. In the present case, the lack of any decision on the merits of the application meant that the administrative courts' review of the Prison Board's decisions was deprived of any effect (see, *mutatis mutandis*, *Enea*, § 82, and *Ganci*, §§ 29-30, both cited above).

21. In conclusion, we are of the view that the application was admissible and that there has been a violation of Article 6 of the Convention.

AUSTIN AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM
(Applications nos. 39692/09, 40713/09 and 41008/09)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 15 MARCH 2012¹

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

SUMMARY¹**Containment of peaceful demonstrators within a police cordon for over seven hours****Article 5 § 1**

Applicability – Kettling – Containment of peaceful demonstrators within a police cordon for over seven hours – Criteria for determining whether there has been deprivation of liberty – Distinction between deprivation of liberty and restriction on freedom of movement – Type of measure – Manner of implementation – Least intrusive and most effective means of averting real risk of serious injury or damage in exceptional circumstances of case

*

* * *

On 1 May 2001 a large demonstration against capitalism and globalisation took place in London. The organisers gave no notice to the police of their intentions and publicity material they distributed beforehand included incitement to looting, violence and multiple protests all over London. The intelligence available to the police indicated that, in addition to peaceful demonstrators, between 500 and 1,000 violent and confrontational individuals were likely to attend. In the early afternoon a large crowd made its way to Oxford Circus in central London, so that by the time of the events in question some 3,000 people were within the Circus and several thousand more were gathered in the streets outside. In order to prevent injury to people and property, the police decided that it was necessary to contain the crowd by forming a cordon blocking all exit routes from the area. Because of violence and the risk of violence from individuals inside and outside the cordon, and because of a policy of searching and establishing the identity of those within the cordon suspected of causing trouble, many peaceful demonstrators and passers-by, including the applicants, were not released for several hours.

Following these events, the first applicant brought a test case in the High Court for damages for false imprisonment and a breach of her Convention rights. Her claim was dismissed and that decision was upheld on appeal. In a unanimous ruling², the House of Lords found that there had been no deprivation of liberty within the meaning of Article 5 of the Convention since the intention of the police had been to protect both demonstrators and property from violence, and the containment

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

2. *Austin (FC) & another v. Commissioner of Police of the Metropolis* [2009] UKHL 5.

had continued only as long as had been necessary to meet that aim. In its view, the purpose of the confinement or restriction of movement and the intentions of those responsible for imposing it were relevant to the question of whether there had been deprivation of liberty, and measures of crowd control that were proportionate and undertaken in good faith in the interests of the community did not infringe the Article 5 rights of individual members of the crowd whose freedom of movement was restricted.

Held

Article 5 § 1: This was the first case in which the Court had considered the application of Article 5 § 1 in respect of the “kettling” or containment of a group of people by the police on public-order grounds. The following general principles were of particular relevance in this context:

- (i) The police had to be afforded a degree of discretion in taking operational decisions. Article 5 could not be interpreted in a way that made it impracticable for them to fulfil their duties of maintaining order and protecting the public, provided they complied with the underlying principle of Article 5, which was to protect individuals from arbitrariness.
- (ii) Article 5 § 1 was not concerned with mere restrictions on liberty of movement, which were governed by Article 2 of Protocol No. 4 (which Protocol the United Kingdom had not ratified). In order to determine whether someone had been “deprived of his liberty” within the meaning of Article 5 § 1, the starting-point had to be his or her concrete situation and account had to be taken of a whole range of criteria such as the type, duration, effects and the manner of implementation of the measure in question. The difference between deprivation of liberty and restriction on liberty was one of degree or intensity, not of nature or substance.
- (iii) The purpose behind the measure in question was not a factor to be taken into account when deciding whether there had been a deprivation of liberty (although it might be relevant to the subsequent inquiry whether the deprivation of liberty was justified under one of the sub-paragraphs of Article 5 § 1).
- (iv) Conversely, the context in which the measure in question was imposed was an important factor. Members of the public were often called upon to endure temporary restrictions on freedom of movement in certain contexts, such as travel by public transport or on the motorway, or attendance at a football match. Such commonly occurring restrictions could not properly be described as “deprivations of liberty” within the meaning of Article 5 § 1, so long as they were rendered unavoidable as a result of circumstances beyond the control of the authorities, were necessary to avert a real risk of serious injury or damage, and were kept to the minimum required for that purpose.

Turning to the facts of the applicants’ case, the Court noted that following a three-week trial and consideration of a substantial body of evidence, the trial judge had found that the police had expected a “hard core” of 500 to 1,000 violent demonstrators to form at Oxford Circus at around 4 p.m. and that there was a

real risk of serious injury, even death, and damage to property if the crowds were not effectively controlled. They were taken by surprise when over 1,500 people gathered there two hours earlier and decided that an absolute cordon had to be imposed if they were to prevent violence and the risk of injury and damage. From 2.20 p.m., when a full cordon was in place, no one in the crowd was free to leave the area without permission. There was space within the cordon for people to walk around and no crushing, but conditions were uncomfortable, with no shelter, food, water or toilet facilities. Although the police tried throughout the afternoon and evening to start releasing people, their attempts were repeatedly suspended because of the violent and uncooperative behaviour of a significant minority both within and outside the cordon and full dispersal was not completed until 9.30 p.m. Approximately 400 individuals who could clearly be identified as not being involved in the demonstration or who had been seriously affected by being confined were, however, permitted to leave beforehand.

On the basis of these findings, the Court considered that the coercive nature of the containment within the cordon, its duration and its effect on the applicants, in terms of physical discomfort and inability to leave Oxford Circus, pointed towards a deprivation of liberty. However, the Court also had to take into account the “type” and “manner of implementation” of the measure in question, as the context in which the measure was imposed was significant.

The cordon had been imposed to isolate and contain a large crowd in dangerous and volatile conditions. It was a measure of containment that had been preferred over more robust methods which might have given rise to a greater risk of injury. The Court had no reason to depart from the judge’s conclusion that in the circumstances an absolute cordon had been the least intrusive and most effective means of averting a real risk of serious injury or damage. In this context, the Court did not consider that the putting in place of the cordon had amounted to a “deprivation of liberty”. Indeed, the applicants had not contended that, when it was first imposed, those within the cordon had been immediately deprived of their liberty and the Court was unable to identify a moment thereafter when the containment could be considered to have changed from what had been, at most, a restriction on freedom of movement, to a deprivation of liberty. It was striking that, some five minutes after an absolute cordon had been imposed, the police had been planning to commence a controlled release. They made frequent attempts thereafter and kept the situation under close review throughout. Accordingly, on the specific and exceptional facts of the instant case, there had been no deprivation of liberty within the meaning of Article 5 § 1. In conclusion, since Article 5 was inapplicable, there had been no violation of that provision in this case.

The Court underlined, however, that measures of crowd control should not be used by national authorities directly or indirectly to stifle or discourage protest, given the fundamental importance of freedom of expression and assembly in all democratic societies. Had it not remained necessary for the police to impose and maintain the

cordon in order to prevent serious injury or damage, the “type” of the measure would have been different, and its coercive and restrictive nature might have been sufficient to bring it within Article 5.

Conclusion: no violation (fourteen votes to three).

Case-law cited by the Court

- Engel and Others v. the Netherlands*, 8 June 1976, Series A no. 22
Tyler v. the United Kingdom, 25 April 1978, Series A no. 26
Johnston and Others v. Ireland, 18 December 1986, Series A no. 112
Ciulla v. Italy, 22 February 1989, Series A no. 148
Amuur v. France, 25 June 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III
Kress v. France [GC], no. 39594/98, ECHR 2001-VI
Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI
Enhorn v. Sweden, no. 56529/00, ECHR 2005-I
Storeck v. Germany, no. 61603/00, ECHR 2005-V
Stec and Others v. the United Kingdom (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, ECHR 2005-X
Saadi v. the United Kingdom [GC], no. 13229/03, ECHR 2008
M. v. Germany, no. 19359/04, ECHR 2009
A. and Others v. the United Kingdom [GC], no. 3455/05, ECHR 2009
Medvedyev and Others v. France [GC], no. 3394/03, ECHR 2010
P.F. and E.F. v. the United Kingdom (dec.), no. 28326/09, 23 November 2010
Giuliani and Gaggio v. Italy [GC], no. 23458/02, ECHR 2011
Bayatyan v. Armenia [GC], no. 23459/03, ECHR 2011
Al-Jedda v. the United Kingdom [GC], no. 27021/08, ECHR 2011
Stanev v. Bulgaria [GC], no. 36760/06, ECHR 2012

In the case of Austin and Others v. the United Kingdom,
The European Court of Human Rights, sitting as a Grand Chamber
composed of:

Françoise Tulkens, *President*,
Nicolas Bratza,
Jean-Paul Costa,
Josep Casadevall,
Nina Vajić,
Dean Spielmann,
Lech Garlicki,
Ineta Ziemele,
Päivi Hirvelä,
Giorgio Malinvernini,
Luis López Guerra,
Ledi Bianku,
Kristina Pardalos,
Ganna Yudkivska,
Vincent A. De Gaetano,
Angelika Nußberger,
Erik Møse, *judges*,

and Michael O'Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 14 September 2011 and 15 February 2012,

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

PROCEDURE

1. The case originated in one application (no. 39692/09) lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by a British national, Ms Lois Amelia Austin ("the first applicant"), on 17 July 2009; one application (no. 40713/09) lodged by a dual Greek/Australian national, Mr George Black ("the second applicant") on 27 July 2009; and one application (no. 41008/09) lodged by a dual British/Australian national, Ms Bronwyn Lowenthal ("the third applicant") and a British national, Mr Peter O'Shea ("the fourth applicant"), on 27 July 2009. All three applications were brought against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland.

2. The first applicant was represented before the Court by Ms L. Christian, Ms K. Craig, Ms H. Williams QC and Ms P. Kaufmann. The second applicant was represented by Mr J. Welch. The third and fourth applicants were represented by Mr B. Emmerson QC, Mr M. Fordham QC, Mr A. Bailin and Mr J. Halford. The United Kingdom Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr J. Grainger, Foreign and Commonwealth Office.

3. The applicants complained that their restriction within a police cordon (a measure known as “kettling”) for up to seven hours during the course of a demonstration in central London amounted to a deprivation of their liberty in breach of Article 5 § 1 of the Convention.

4. The application was allocated to the Fourth Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 21 September 2010 the Court decided to join the applications and communicate them to the Government. It also decided to rule on the admissibility and merits of the applications at the same time (Article 29 § 1). On 12 April 2011 the Chamber decided to relinquish jurisdiction to the Grand Chamber.

5. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 27 §§ 2 and 3 of the Convention and Rule 24 of the Rules of Court.

6. The applicants and the Government each filed a memorial on the admissibility and merits.

7. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 14 September 2011 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr J. Grainger,	<i>Agent,</i>
Mr D. Pannick QC,	
Mr J. Segar,	<i>Counsel,</i>
Mr C. Papaleontiou,	
Ms M. Purdasy,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicants*

Mr B. Emmerson QC,	
Ms P. Kaufmann QC,	
Ms A. Macdonald,	
Mr I. Steele,	<i>Counsel,</i>

Ms K. Craig,
Mr J. Halford,
Mr J. Welch,
Ms L.A. Austin,
Mr G. Black,
Ms B. Lowenthal,

Advisers,
Applicants.

The Court heard addresses by Mr Pannick, Ms Kaufmann and Mr Emmerson.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

8. The first applicant was born in 1969 and lives in Basildon; the second applicant was born in 1949 and lives in London; the third applicant was born in 1972 and lives in London; and the fourth applicant was born in 1963 and lives in Wembley.

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

A. **The applicants' accounts of what happened to them on 1 May 2001**

10. On 1 May 2001, during a demonstration in central London, the applicants were contained within a police cordon at Oxford Circus (the junction between Regent Street and Oxford Street).

11. The first applicant, Ms Lois Austin, is a member of the Socialist Party and had been on many demonstrations, including previous May Day demonstrations. On 1 May 2001 she left her 11-month-old daughter at a crèche, planning to collect her at 4.30 p.m., and travelled from Essex to central London with her partner. They attended a protest against globalisation outside the World Bank before walking with other protesters to Oxford Circus, arriving at about 2 p.m. Around 3.45 p.m. Ms Austin needed to leave the demonstration to collect her daughter from the crèche. She explained her situation to two police officers maintaining the cordon but was told that she could not leave and that it was not known how long it would be before she would be able to leave the area. Ms Austin therefore arranged for a friend to collect the child from the crèche. She was finally allowed to leave at about 9.30 p.m.

12. Between 2 and 2.30 p.m. on 1 May 2001, the second applicant attempted to cross Oxford Circus to go to a bookshop on Oxford Street. He was told by a police officer that he could not walk down Oxford Street because of the approaching crowd of demonstrators and was advised to take Margaret Street, a parallel road to the north. The applicant followed this advice but between Margaret Street and Regent Street he was met by a wall of riot police with shields and helmets moving south. The applicant was forced into Oxford Circus at about 2.30 p.m. He immediately asked to be allowed out of the cordon and was informed that there was an exit for non-protesters at the Bond Street side of Oxford Circus; when he went there he was told that there was no exit. The applicant was not able to exit the cordon until 9.20 p.m.

13. The third applicant had no connection with the demonstration. She worked in the Oxford Circus area and was on her lunch break at 2.10 p.m. when she was prevented from returning to her workplace by a line of police officers blocking the road. She turned and tried to pass in another direction but found that that exit was also now blocked by police officers, who began to advance towards her. She was held within the cordon at Oxford Circus until 9.35 p.m. She and others repeatedly requested to be allowed to leave the cordoned area but was told by the policemen she approached that they were under orders to allow no one to pass.

14. The fourth applicant also worked in the Oxford Circus area and was also caught up in the cordon while walking through Oxford Circus on his lunch break. He was able to leave at approximately 8 p.m.

B. The domestic proceedings

1. *The High Court*

15. Following the events on 1 May 2001, approximately 150 people who had been confined in Oxford Circus contacted various firms of solicitors with the intention of commencing proceedings. The various potential applicants, their legal representatives and the representatives of the Metropolitan Police entered into correspondence with a view to progressing the claims in an efficient manner. It was agreed that the first applicant and Mr Geoffrey Saxby, who was a passer-by caught up in the cordon, would act as "test" claimants. They commenced proceedings in the High Court, claiming damages for false imprisonment and under the Human Rights Act 1998 for breach of the right to liberty guaranteed by Article 5 of the Convention. The first applicant also initially advanced a claim for interference with her rights of freedom of expression and assembly

contrary to Articles 10 and 11 of the Convention, but she subsequently abandoned these claims. The Metropolitan Police provided undertakings to the legal representatives of the other claimants (including the second, third and fourth applicants) that they would not raise any limitation argument if they brought claims in the domestic courts after the test case had been determined.

(a) The facts as found by Mr Justice Tugendhat

16. The hearing in the High Court before Tugendhat J lasted three weeks, including six days of oral evidence. He considered live evidence from 18 lay witnesses and two experts, statements from a further 138 witnesses, thousands of pages of documentary evidence and video footage from hand-held and security cameras and police helicopters. In his judgment, delivered on 23 March 2005 ([2005] EWHC 480 (QB)), Tugendhat J devoted 500 paragraphs to his assessment of the evidence and findings of fact. His factual findings can be summarised as follows.

17. Tugendhat J found that on 18 June and 30 November 1999 and May Day 2000 there had occurred very serious breakdowns in public order in London, which the police feared would be repeated in 2001. The theme of all three demonstrations was protest against capitalism and globalisation. The organisers of the event on 18 June 1999 had failed to cooperate with the police and had distributed publicity material similar to that distributed by the organisers of the May Day 2001 demonstration. During the afternoon of 18 June 1999 a crowd of some 3,000 to 5,000 people, wearing masks, caused approximately 2 million pounds sterling worth of damage and injury to members of the public and police officers, eleven of whom required hospital treatment. Demonstrations on these themes had also resulted in serious breakdowns in public order in other countries at about this time, including in Seattle on 30 November 1999 (the World Trade Organisation meeting), in Washington DC on 16 April 2000 (the International Monetary Fund meeting), in Melbourne on 11 to 13 September 2000 (World Economic Forum Asia Pacific summit), in Prague on 26 September 2000 (another International Monetary Fund meeting), and on 22 April 2001 in Quebec (a Summit of the Americas meeting). The planning for May Day 2001 reflected experience at these and earlier demonstrations, particularly in London, and recommendations made in the light of them.

18. For 1 May 2001, two events had been notified to the police, namely a trade-union May Day March and Rally and a Young Socialist Students March, taking place in different parts of London. In addition, intelligence indicated that activists representing a broad coalition of environmentalist, anarchist and left-wing protest groups intended to stage various protests at

twenty-four locations across London based on the squares of "Monopoly", a board-game. The final event was to be a rally at Oxford Circus at 4 p.m. The organisers of the "May Day Monopoly" protest did not make any contact with the police, nor attempt to seek authorisation for the demonstrations, and attempted to maintain secrecy about the locations and nature of the protest. Protesters were directly and indirectly encouraged to wear masks and to engage in looting and violence (see Tugendhat J's judgment, §§ 206-25). The intelligence available to the Police Special Branch was that there would be "500 to 1,000 hard-core demonstrators looking for confrontation, violence and to cause public disorder". The Special Branch assessment was that the protest would involve one of the most serious threats to public order ever seen in London, with a real risk of serious injury and even death, as well as damage to property, if they did not effectively control the crowd. Those at risk included members of the public, police officers and other demonstrators. On 24 April 2001 the Mayor of London wrote an article in the principal London evening newspaper, expressing the view that the organisers of the May Day protest deliberately sought to create destruction and urging Londoners to stay away. Similar warnings were reported in a number of other newspapers in March and April 2001.

19. The police plan for the day involved the deployment of nearly 6,000 officers on foot wearing high-visibility jackets, in addition to mounted police officers. At that time, this was probably the largest number of police officers that had ever been deployed in London. The policemen and women responsible for policing on May Day 2001 were the most experienced public-order officers in England. Since it was foreseen that the final event would be a gathering at Oxford Circus at 4 p.m., a speaker system was installed there. The strategic intentions of the police operation were stated as being to provide public reassurance and ensure public safety; facilitate and police all legitimate protest; prevent public disorder and protect key buildings such as Buckingham Palace and the Houses of Parliament; prevent crime and take all reasonable steps to apprehend offenders if crime was committed; and generally minimise disruption. However, the police had little idea of what to expect or how they would react to it if and when it happened.

20. During the morning of 1 May 2001 there were a number of fairly small demonstrations across London. At around 1 p.m. demonstrators started gathering outside the offices of the World Bank in the Haymarket area. They walked towards Piccadilly Circus then up Regent Street to Oxford Circus. By 2 p.m. it was estimated that there were over 1,500 people in Oxford Circus and that more were steadily joining them. A number of people moving up Regent Street were wearing face masks. The police intelligence had indicated that the gathering at Oxford Circus was to take

place at 4 p.m. and the size of the crowd there at this time took them by surprise, with insufficient officers in the area to prevent more people entering it.

21. At approximately 2 p.m. the police decided to put up a cordon to contain the crowd. The decision was based on the available intelligence, which had estimated that 500 to 1,000 individuals intent on violence would take part in the May Day protest and on what had occurred at previous similar demonstrations, rather than on the behaviour of the crowd up until that point. The decision was made in conscious exercise of common-law powers to prevent a breach of the peace. Once the decision to put in a cordon was made, it took five to ten minutes to put in a loose cordon and, as more police officers arrived, twenty to twenty-five minutes to put in a full cordon. There was sufficient space within the cordon for people to walk around and there was no crushing. Nonetheless, as the afternoon progressed, conditions became uncomfortable. The weather was cold and wet. No food or water was provided and there was no access to toilet facilities or shelter.

22. No announcement was made to the crowd when the cordon was first put in place because of police concern that it would not be strong enough to resist a concerted effort by the crowd to break through. The first announcement through the public-address system was made at 4 p.m., informing the crowd that they were being contained to prevent a breach of the peace. It was accepted by the Police Commander in evidence before the domestic courts that the announcement to the crowd could have been made earlier, perhaps at 3.15 or 3.30 p.m.

23. At 2.25 p.m., five minutes after the full cordon was put in place, the Chief Superintendent commanding the operation planned to commence a controlled release from within the cordon up Regent Street north. However, release had to be delayed when members of the crowd both within and outside the cordon started to throw missiles and use violence against the police and when there was an attempt by the crowd to break through the cordon into Regent Street. At 2.55 p.m. a dispersal north was again planned but suspended because of violence by protesters on both sides of the cordon. At around this time more people started moving towards Oxford Circus to take part in the event which had been planned to take place there at 4 p.m. By 3.40 p.m. the police situation report was that officers were sandwiched between crowds, with pushing and shoving and bottles being thrown. At 4.30 p.m. there was a crowd of between 400 and 500 people outside the cordon following a samba band, which made dispersal into Oxford Street difficult. The situation was reviewed at 4.55 p.m. but collective release was ruled out because of the risk of violence and disorder. At 5.15 p.m. there was serious disorder in Oxford Street caused by a core of about twenty-five

masked protesters which attracted a crowd of several hundred. At 5.20 p.m. the crowd within the cordon was calm but the police were not willing to risk collective release because of the presence of other large, disorderly crowds nearby.

24. At 5.55 p.m. the decision was taken to disperse the crowd within the cordon. However, the crowd became violent again and at 6.15 p.m. the decision to release was reversed. At 7 p.m. release was commenced, with small groups and individuals being escorted away from the containment. However, at 7.20 p.m. the release was put on hold because of the difficulty in policing the crowds outside the cordon, some of whom were throwing large bits of masonry and burning missiles at the police, and because demonstrators released from the cordon were remaining in the vicinity. At 7.30 p.m. the collective dispersal was resumed, with additional police resources to escort those released from the cordon. However, the dispersal was soon halted again because it became apparent that those being released from Oxford Circus were joining another large crowd, which had previously been violent, to the north in Great Portland Street. By 8 p.m. Portland Place was clear and the collective release of the Oxford Circus crowd recommenced, in groups of ten. By 9.45 p.m. the dispersal was almost complete. Over 100 people were arrested as a result of the disorder in Oxford Circus and the surrounding area. It was part of the collective-release policy to search some or all of those released, take a record of their names and addresses and photograph them.

25. The police estimated that there were a maximum of 2,000 people within the cordon at the peak time and 1,000 in the crowd outside it. Analysis of the documentary and video evidence admitted at trial indicated that, over the course of the afternoon, some 392 people were released individually. It was accepted that this figure was unlikely to be accurate, but Tugendhat J found that the number of individual releases was likely to be “nearer 400 than 200”. Of these, most were from the north and south sides of Oxford Circus, with very few people being released to the east and west. Most of the recorded releases were before 4 p.m.; 12 were between 4 p.m. and 5 p.m.; 89 between 5 p.m. and 6 p.m.; 59 between 6 p.m. and 7 p.m.; and 12 individual releases after 7 p.m. It was difficult for police officers to identify members of the crowd for individual release on the basis that they posed no threat of violence. Some of those released were identified in police records as being bystanders caught up in the demonstration. Others were described as being in physical distress, pregnant women, elderly people or children.

(b) Tugendhat J's conclusions

26. The judge concluded that, in the light of the violence which had occurred at previous demonstrations, the intelligence available to the police, the lack of cooperation from the organisers and the conduct of certain sections of the crowd, the police had reasonable grounds to believe that there was a real risk of damage to property, serious physical injury and even death. The main risks were from crushing and trampling, but there were also risks from missile throwing. Given the situation at Oxford Circus, if they were to prevent violence and injury, the police had no alternative at 2 p.m. but to impose an absolute cordon and this was, therefore, a proportionate response by the police to the presence of the crowd. The principal purpose of the containment was to ensure the safety of persons (including those within the cordon), the preservation of property in Oxford Street and the protection of other rights of third parties. The police also intended to segregate some members of the crowd from others, if appropriate by asking them questions or by searching them.

27. From 2.20 p.m., no one in the crowd was free to leave without permission. The measure was a close confinement, with minimal liberty in Oxford Circus, and its effects were severe, increasingly so as time went by. However, it was never expected that the containment would last so long and the possibility of safely releasing the crowd was kept under review at all times.

28. It was not practicable for the police to release the crowd collectively earlier than they did. There were periods when the dispersal route was blocked by other crowds attempting to get into Oxford Circus. It would not have been reasonable or safe to allow these crowds to join each other without controlling their movement. In addition, there were long periods during which the police did not have the resources to provide for safe dispersal, and it was not suggested that the Commissioner of the Metropolitan Police could or should have made available more police officers than he had on the streets that day. One reason the resources were inadequate was that a substantial proportion of the crowd was not cooperating with the police on the cordons around them. The judge estimated that about 40% were actively hostile at any given time, pushing and throwing missiles, and otherwise showing a lack of cooperation. Those not pushing or throwing missiles were not disassociating themselves from the smaller minority who were. As a result the cordon had to be manned by enough officers to resist a concerted push by these people to break out. A cooperative crowd could have been contained by fewer officers, leaving others available to control the dispersal. The other reason why there were insufficient resources was

that other crowds outside the containment were refusing to accept control by or directions from the police. The police were doing the best that they could in the most difficult circumstances. The resources they needed to control the dispersal of the crowd in Oxford Circus were necessarily and properly deployed elsewhere. That did not mean that the police had to allow the crowd in Oxford Circus to disperse without control. According to the judge, that would have been an abnegation of their duty to prevent a breach of the peace, and of their duty of care and the positive obligation incumbent upon them to protect the members of the crowd and third parties, including police officers, from the risk of serious injury, as well as to protect third parties from risk of damage to property.

29. In the circumstances that existed in Oxford Circus, and in particular the difficulty for the police in distinguishing between peaceful and violent or potentially violent individuals within the cordon, the judge was unable to find any individual release policy, other than that applied, which would have been workable. Once the cordon was in place, any measure of controlled release was bound to have taken a considerable time before all of the crowd was released. It was impossible to say how long it would have taken if there had been no searches or evidence gathering, but it would have been more than a matter of twenty minutes. If a release was to be combined with searches and evidence gathering, it was bound to take as long as this one took from the time it restarted at 7.30 p.m., that is about one to two hours at least.

30. As regards the false-imprisonment claim, Tugendhat J held that the defence of necessity was available and that the police action was necessary.

31. In connection with Article 5, the judge found that containment within the cordon amounted to deprivation of liberty within the meaning of Article 5 § 1. Although he found that there was never an intention on the part of the police to bring everyone contained at Oxford Circus before a judge, the purpose was to contain the crowd so that the police could arrest and bring before a judge all those they reasonably considered had committed offences and those whose arrest was necessary to prevent them committing offences, and that this was sufficient for the requirements of Article 5 § 1 (c).

32. In addition, Tugendhat J found that, on the unusual facts of the case, there had been no interference with the rights of freedom of speech and assembly. None of the witnesses was able to explain what the purpose of the procession to Oxford Circus was or what it was proposed should have happened either there, or anywhere else, if the police cordon had not been imposed. He found that the literature distributed in advance by the organisers was intended to encourage at least a substantial minority of those

present to engage in some form of disorderly and criminal activity, probably including public-order offences such as affray, criminal damage and theft. If there had been no cordon, it would in practice have been impossible in this environment of disorder for anyone intending to carry out lawful acts of protest to do so. Moreover, there was no evidence that anyone at Oxford Circus intended to exercise any rights of speech that they did not in fact exercise. Tugendhat J therefore concluded that the case was about public order and the right to liberty, and not about freedom of speech or freedom of assembly, and he dismissed all the plaintiffs' claims.

(c) The Court of Appeal

33. Tugendhat J granted Ms Austin and Mr Saxby leave to appeal against his findings as regards the claims for false imprisonment and under Article 5 of the Convention. In a judgment delivered on 15 October 2007 ([2007] EWCA Civ 989), the Court of Appeal dismissed the appeal.

34. In connection with the claim of false imprisonment, the Court of Appeal held that, in order to prevent a breach of the peace threatened by others, the police could lawfully take action which interfered with or curtailed the lawful exercise of the rights of innocent third parties, but only where all other possible steps had been taken to avoid a breach of the peace and to protect the rights of third parties, and where the action taken was reasonably necessary and proportionate. Applying this test, in the circumstances of the demonstration at Oxford Circus, Ms Austin's containment was lawful because it was necessary to prevent an imminent breach of the peace by others.

35. In connection with the claim under Article 5, the Court of Appeal concluded that the detention did not amount to a deprivation of liberty. Sir Anthony Clarke MR, giving the judgment of the court, held as follows.

"102. ... [T]he first question is whether the appellants were deprived of their liberty from the outset. In our opinion they plainly were not. The position at that time was not markedly different in terms of detention from a number of different types of confinement or detention to which the judge referred which would not be regarded as a deprivation of liberty within Article 5 § 1. A good example is perhaps a football crowd. It is commonplace for such a crowd to be contained for what may turn out to be quite long periods, partly for the protection of individuals in the crowd and partly (in some cases) to avoid crowd violence, perhaps as between groups of opposing supporters ... Other examples would be ... for example where motorists are unable to leave a motorway, perhaps for many hours, because of police action following an accident. In such cases it may be necessary for police to confine individuals in particular areas for what may be much longer than originally intended.

103. In our opinion this was plainly such a case. On the judge's findings of fact, the police had no alternative but to impose the cordon which they did. They anticipated

orderly release over two or three hours in order to avoid violence. The judge identified their various purposes, which included safety and the prevention of crime by individuals in the crowd many of whom could not be identified. In these circumstances the original imposition of the cordon could not, in our judgment, properly be regarded as the kind of arbitrary detention which the Strasbourg authorities would describe as deprivation of liberty within the meaning of Article 5 § 1. For these reasons we hold that the judge erred in principle in concluding that the appellants were unlawfully detained as from 2.20 p.m.

104. On that basis, it is for us to consider afresh the remaining question, namely whether they were unlawfully detained thereafter. In our judgment the answer to that question is 'No'. So for example, ... on a number of occasions during the afternoon the police gave the order to commence controlled release, only to find that they could not safely carry it through ... On three occasions the decision to commence controlled dispersal north had to be reviewed or suspended because of the conduct of protesters either inside or outside the contained area, with the result that the final release phase did not begin until 8.02 p.m. ... During the whole period there was very considerable violence, although not it must be stressed by the appellants ... As the judge concluded ... this was not simply a static crowd of protesters in Oxford Circus surrounded by police and held in place for seven hours. It was a dynamic, chaotic, and confusing situation in which there were also a large number of other protesters in the immediate vicinity outside the cordon who were threatening serious disorder and posing a threat to the officers both on the cordon and within it.

105. In these circumstances it could not sensibly be held that there came a time in which what was originally something less than a deprivation of liberty subsequently became a deprivation of liberty within the meaning of Article 5 § 1 of the Convention. We therefore hold, contrary to the conclusion of the judge, that, if all the relevant circumstances are taken into account, there was not here the kind of arbitrary deprivation of liberty contemplated by the Convention."

(d) The House of Lords

36. Ms Austin, like Mr Saxby, was granted leave to appeal by the House of Lords in connection with the issues under Article 5 § 1 of the Convention. The case was heard on 24 and 25 November 2008, and on 28 January 2009 a unanimous judgment was delivered, dismissing the appeal on the ground that Article 5 § 1 did not apply since the applicant had not been deprived of her liberty ([2009] UKHL 5).

37. Lord Hope of Craighead, with whom all the other Law Lords agreed, explained his approach to the interpretation of "deprivation of liberty" as follows.

"23. The application of Article 5 § 1 to measures of crowd control is an issue which does not appear so far to have been brought to the attention of the court in Strasbourg. So there is no direct guidance as to whether Article 5 § 1 is engaged where the police impose restrictions on movement for the sole purpose of protecting people from injury

or avoiding serious damage to property. The need for measures of crowd control to be adopted in the public interest is not new, however. It is frequently necessary, for example, for such measures to be imposed at football matches to ensure that rival fans do not confront each other in situations that may lead to violence. Restrictions on movement may also be imposed by the police on motorists in the interests of road safety after an accident on a motorway, or to prevent local residents from coming too close to a fire or a terrorist incident. It is not without interest that it has not so far been suggested that restrictions of that kind will breach Article 5 § 1 so long as they are proportionate and not arbitrary.

24. The restrictions that were imposed by the police cordon in this case may be thought, as compared with the examples that I have just mentioned, to have been greater in degree and intensity. But Lord Pannick QC for the respondent submitted that one could not sensibly ignore the purpose of the restriction or the circumstances. Detention in the paradigm sense was not in the minds of anyone. There would have been no question of there being a deprivation of liberty if the cordon had remained in place for only twenty minutes. The fact that it remained in place for much longer ought to make no difference, as the fact that it was not possible to release everyone from the cordon earlier was due to circumstances that were beyond the control of the police. This was a case, he said, where the answer to the question whether what was done was within the scope of Article 5 § 1 was to be determined by striking a fair balance between the rights of the individual and the interests of society. It was, of course, necessary to give full effect to the fact that Article 5 was a fundamental right whose importance was paramount. But the fact that infringement was not open to justification except in the cases listed in sub-paragraphs (a) to (f) pointed to the need for care to be taken to identify the limits of its application.

25. Ms Williams QC for the appellant, on the other hand, said that the purpose for which the measure was employed was irrelevant. The fact that it was a necessary response and was proportionate was a pre-condition for establishing the measure's legality for the purpose of sub-paragraphs (a) to (f) of Article 5 § 1. But it went no further than that. There was no balance to be struck when consideration was being given to the initial question whether Article 5 § 1 applied to the measures adopted by the police. Questions of purpose and balance only arose when consideration was being given to the cases listed in sub-paragraphs (a) to (f).

Is purpose relevant?

26. The decision whether there was deprivation of liberty is, of course, highly sensitive to the facts of each case. Little value can be derived therefore from decisions on the application of Article 5 that depend entirely on their own facts. But they are of value where they can be said to illustrate issues of principle. In the present context some assistance is to be derived from the cases as to the extent to which regard can be had to the aim or purpose of the measure in question when consideration is being given as to whether it is within the ambit of Article 5 § 1 at all.

27. If purpose is relevant, it must be to enable a balance to be struck between what the restriction seeks to achieve and the interests of the individual. The proposition that there is a balance to be struck at the initial stage when the scope of the Article is being

considered was not mentioned in *Engel v The Netherlands* (No 1) (1976) 1 EHRR 647 or *Guzzardi v Italy* (1980) 3 EHRR 333. Nor can it be said to be based on anything that is to be found in the wording of the Article. But I think that there are sufficient indications elsewhere in the court's case-law that the question of balance is inherent in the concepts that are enshrined in the Convention and that they have a part to play when consideration is being given to the scope of the first rank of fundamental rights that protect the physical security of the individual."

Lord Hope then reviewed a number of judgments and decisions of the Court and Commission, including *X. v. the Federal Republic of Germany*, no. 8819/79, Commission decision of 19 March 1981, Decisions and Reports (DR) 24, p. 158; *Guenat v. Switzerland*, no. 24722/94, Commission decision of 10 April 1995, DR 81-B, p. 130; *H.M. v. Switzerland*, no. 39187/98, ECHR 2002-II; *Nielsen v. Denmark*, 28 November 1988, Series A no. 144; *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, Series A no. 161; *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom* [GC], nos. 15809/02 and 25624/02, ECHR 2007-III; and *N. v. the United Kingdom* [GC], no. 26565/05, ECHR 2008. He concluded:

"34. I would hold therefore that there is room, even in the case of fundamental rights as to whose application no restriction or limitation is permitted by the Convention, for a pragmatic approach to be taken which takes full account of all the circumstances. No reference is made in Article 5 to the interests of public safety or the protection of public order as one of the cases in which a person may be deprived of his liberty. This is in sharp contrast to Article 10 § 2, which expressly qualifies the right to freedom of expression in these respects. But the importance that must be attached in the context of Article 5 to measures taken in the interests of public safety is indicated by Article 2 of the Convention, as the lives of persons affected by mob violence may be at risk if measures of crowd control cannot be adopted by the police. This is a situation where a search for a fair balance is necessary if these competing fundamental rights are to be reconciled with each other. The ambit that is given to Article 5 as to measures of crowd control must, of course, take account of the rights of the individual as well as the interests of the community. So any steps that are taken must be resorted to in good faith and must be proportionate to the situation which has made the measures necessary. This is essential to preserve the fundamental principle that anything that is done which affects a person's right to liberty must not be arbitrary. If these requirements are met however it will be proper to conclude that measures of crowd control that are undertaken in the interests of the community will not infringe the Article 5 rights of individual members of the crowd whose freedom of movement is restricted by them."

Lord Neuberger of Abbotsbury agreed that there had been no deprivation of liberty, and observed as follows.

"58. The police are under a duty to keep the peace when a riot is threatened, and to take reasonable steps to prevent serious public disorder, especially if it involves violence to individuals and property. Any sensible person living in a modern democracy would reasonably expect to be confined, or at least accept that it was proper that she could

be confined, within a limited space by the police, in some circumstances. Thus, if a deranged or drunk person was on the loose with a gun in a building, the police would be entitled, indeed expected, to ensure that, possibly for many hours, members of the public were confined to where they were, even if it was in a pretty small room with a number of other people. Equally, where there are groups of supporters of opposing teams at a football match, the police routinely, and obviously properly, ensure that, in order to avoid violence and mayhem, the two groups are kept apart; this often involves confining one or both of the groups within a relatively small space for a not insignificant period. Or if there is an accident on a motorway, it is common, and again proper, for the police to require drivers and passengers to remain in their stationary motor vehicles, often for more than an hour or two. In all such cases, the police would be confining individuals for their own protection and to prevent violence to people or property.

59. So, too, as I see it, where there is a demonstration, particularly one attended by a justified expectation of substantial disorder and violence, the police must be expected, indeed sometimes required, to take steps to ensure that such disorder and violence do not occur, or, at least, are confined to a minimum. Such steps must often involve restraining the movement of the demonstrators, and sometimes of those members of the public unintentionally caught up in the demonstration. In some instances, that must involve people being confined to a relatively small space for some time.

60. In such cases, it seems to me unrealistic to contend that Article 5 can come into play at all, provided, and it is a very important proviso, that the actions of the police are proportionate and reasonable, and any confinement is restricted to a reasonable minimum, as to discomfort and as to time, as is necessary for the relevant purpose, namely the prevention of serious public disorder and violence.

61. It was suggested on behalf of the appellant that, at any rate in some of the examples I have given, consent to being confined could be imputed to the people concerned. I am not sure that that is a satisfactory analysis, not least because, unless the consent is to be treated as being involuntary or irrebutably deemed to be given, it would not deal with the case of a person who informed the police that he objected to being confined. However, if imputed consent is an appropriate basis for justifying confinement for Article 5 purposes, then it seems to me that the confinement in the present case could be justified on the basis that anyone on the streets, particularly on a demonstration with a well-known risk of serious violence, must be taken to be consenting to the possibility of being confined by the police, if it is a reasonable and proportionate way of preventing serious public disorder and violence.

62. So, in agreement with the Court of Appeal, I would hold that, in the light of the findings of the Judge, as summarised in para [57] above, the actions of the police in the present case did not give rise to any infringement of the appellant's Article 5 rights. The feature of the present case which gives particular cause for concern is the length of the period of confinement, nearly seven hours. However, having reached the conclusion that reasonable and proportionate constraint, which is requisite to prevent serious public disorder and violence, does not infringe Article 5, it seems to me hard to contend that the mere fact that the period of constraint was unusually long can, of

itself, convert a situation which would otherwise not be within the ambit of Article 5 into one which is. I think that some support for that view can be found in cases where it has been held that detention in prison is not taken out of Article 5 because it was only for a short time – see e.g. *Novotka v Slovakia* (Application No 47244/99) 4 November 2003.

63. As already indicated, it appears to me that the intention of the police is relevant, particularly in a non-paradigm case, such as this, and where the intention is manifest from the external circumstances. If it transpired, for instance, that the police had maintained the cordon, beyond the time necessary for crowd control, in order to punish, or ‘to teach a lesson’ to, the demonstrators within the cordon, then it seems to me that very different considerations would arise. In such circumstances, I would have thought that there would have been a powerful argument for saying that the maintenance of the cordon did amount to a detention within the meaning of Article 5. However, as is apparent from the clear and careful findings made by the Judge, which have quite rightly not been challenged on appeal, there could be no question of such a contention being raised in the present case.

64. Furthermore, it is worth bearing in mind that, at least as I see it, if the restraint in the present case did amount to detention within Article 5, it would not be possible for the police to justify the detention under the exceptions in paras (b) or (c), not least because of the reasoning of the European Court in *Lawless v Ireland* (No 3) (1961) 1 EHRR 15. I consider that the fact that the restraint in the present case could not be justified under any of the exceptions in paras (a) to (f) supports the contention that the constraint did not amount to detention within Article 5 at all. It would appear to me to be very odd if it was not open to the police to act as they did in the instant circumstances, without infringing the Article 5 rights of those who were constrained.”

Lord Carswell agreed with Lord Hope, and Lord Scott of Foscote agreed with Lords Hope and Neuberger, emphasising that “the purpose of the confinement or restriction and the intentions of the persons responsible for imposing it rank very high in the circumstances to be taken into account in reaching the decision” whether there has been a deprivation of liberty.

Lord Walker of Gestingthorpe agreed with Lord Hope, but added as a “footnote”:

“43. In paras 26ff of his opinion Lord Hope poses the question ‘Is purpose relevant?’ His conclusion is a very guarded one, that is (para 34) that there is room, even in the case of fundamental rights, for a pragmatic approach which takes full account of all the circumstances. I respectfully agree that it is right to be cautious on this point. The Strasbourg Court has frequently made clear that all the surrounding circumstances may be relevant in determining whether there is a deprivation of liberty: see for instance *HM v Switzerland* (2004) 38 EHRR 314, para 42:

...

It is noteworthy that the listed factors, wide as they are, do not include purpose.

44. The purpose of confinement which may arguably amount to deprivation of liberty is in general relevant, not to whether the threshold is crossed, but to whether that confinement can be justified under Article 5 § 1 (a) to (f): see for instance (in relation to Article 5 § 1 (e)) *Nielsen v Denmark* (1988) 11 EHRR 175; *Litwa v Poland* (2001) 33 EHRR 1267; *Wall v Sweden*, (10 December 2002) admissibility decision 41403/98; *HM v Switzerland* (above); *HL v United Kingdom* (2005) 40 EHRR 32; *Enhorn v Sweden* (2005) 41 EHRR 633; and *Storck v Germany* (2006) 43 EHRR 96. If confinement amounting to deprivation of liberty and personal security is established, good intentions cannot make up for any deficiencies in justification of the confinement under one of the exceptions listed in Article 5 § 1 (a) to (f), which are to be strictly construed.

45. Many of these Article 5 § 1 (e) cases also raise issues as to express or implied consent (to admission to a psychiatric ward or old people's home). Some of the earlier cases seem questionable today insofar as they relied on 'parental rights' (especially *Nielsen*, which was a nine-seven decision that the admission to a psychiatric ward of a 12-year-old boy was not a deprivation of liberty, because of his mother's 'parental rights'). *Storck* has, I think, sent out a clear message indicating a different approach to the personal autonomy of young people (although the unfortunate claimant in that case was 18 years of age at the time of her compulsory medication in a locked ward in the clinic at Bremen, for which she was made an exceptionally large award for non-pecuniary loss).

46. I also feel some unease about the decision in *X v Germany* (19 March 1981) admissibility decision 8819/79; police stations can be intimidating places for anyone, particularly children, and it seems rather disingenuous to reason that

‘in the present case the police action was not aimed at depriving the children of their liberty but simply to obtain information from them about how they obtained possession of the objects found on them and about thefts which had occurred in the school previously’.

47. Having said all that, however, I conclude that it is essential, in the present case, to pose the simple question: what were the police doing at Oxford Circus on 1 May 2001? What were they about? The answer is, as Lord Hope has explained in his full summary of the judge's unchallenged findings, that they were engaged in an unusually difficult exercise in crowd control, in order to avoid personal injuries and damage to property. The senior officers conducting the operations were determined to avoid a fatality such as occurred in Red Lion Square on 15 June 1974. The aim of the police was to disperse the crowd, and the fact that the achievement of that aim took much longer than they expected was due to circumstances beyond their control.”

THE LAW

ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 5 § 1 OF THE CONVENTION

38. The applicants complained that they were deprived of their liberty in breach of Article 5 § 1 of the Convention, which reads as follows:

- “1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:
- (a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court;
 - (b) the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation 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;
 - (d) the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority;
 - (e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants;
 - (f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.”

39. The Government argued that Article 5 § 1 did not apply because there had been no deprivation of liberty. In the alternative, they contended that any deprivation of liberty had been in conformity with Article 5 § 1 (b) and/or (c).

A. The parties' submissions

1. *The Government*

40. The Government submitted that the police had not deprived the applicants of their liberty, within the meaning of Article 5 § 1. They emphasised that it was one of the most basic principles inherent in the Convention that a fair balance should be struck between the interests of the community and the protection of the rights of the individual. The need to strike such a balance was a theme running through the Court's case-law and it should also be taken into account when determining the existence of a deprivation of liberty. Unlike Articles 8 to 11 of the Convention, Article 5

§ 1 was not subject to a general justification provision. It was therefore important not to adopt too broad a concept of “deprivation of liberty”.

41. The relevant principles for identifying a deprivation of liberty were first set out by the Court in *Engel and Others v. the Netherlands*, 8 June 1976, §§ 58-59, Series A no. 22, followed in *Guzzardi v. Italy*, 6 November 1980, §§ 92-93, Series A no. 39 and numerous subsequent cases. This case-law made it clear that the question whether there was a deprivation of liberty had to be determined with reference to the specific facts. The duration of the measure was one factor to be taken into account, but the fact that controls were imposed for a significant period was not in itself sufficient to trigger a deprivation of liberty, as was clear from the cases on night curfews: see *Raimondo v. Italy*, 22 February 1994, Series A no. 281-A and *Trijonis v. Lithuania*, no. 2333/02, 15 December 2005. The purpose for which a measure was imposed was a relevant factor and could weigh against the Court finding a deprivation of liberty, even where there was physical confinement in a specific place for a lengthy period: see *Engel and Others*, cited above, § 59, where the Court observed that the context of military discipline had to be taken into account; see also *Nielsen v. Denmark* (28 November 1988, Series A no. 144) and *H.M. v. Switzerland* (no. 39187/98, ECHR 2002-II), where the Court, in holding that Article 5 did not apply, took into account the humanitarian purpose behind the confinement. This approach was correct in principle since the objective of Article 5 § 1 was to prevent arbitrary and unjustified detention.

42. None of the Court’s case-law to date addressed circumstances such as those in issue here, where it had been necessary for the police to take proportionate action to confine persons for a limited time to prevent serious public disorder involving a substantial risk of death or serious injury. If Article 5 were to be interpreted as preventing the imposition of a cordon at Oxford Circus on May Day 2001, the police in Contracting States would be obliged to prepare alternative methods of dealing with violent demonstrations, which would not raise Article 5 issues but which might be far more dangerous for all concerned, such as the use of tear gas or rubber bullets.

43. The House of Lords and Court of Appeal correctly applied principles derived from the Court’s case-law to find that there was no deprivation of liberty when the cordon was initially imposed. A temporary restraint on freedom of movement along a public highway, even if absolute, did not amount to a deprivation of liberty, as was clear from the examples involving crowds at football matches or traffic on motorways referred to by the domestic courts. The question then was whether the length of time for which the cordon was imposed made it into a deprivation of liberty. That

had to depend on all the circumstances, in particular the purpose of the police to protect the safety of those within and outside the cordon and the necessity of the measure since there were no other steps which the police could have taken to prevent serious public disorder.

44. In the alternative, if there had been a deprivation of liberty, it was justified under Article 5 § 1 (b) to secure the fulfilment of the “obligation prescribed by law” to assist a constable in dealing with a breach of the peace. In the further alternative, any deprivation of liberty also fell within the exception of Article 5 § 1 (c), in that the confinement of each applicant was necessary in order to enable the police to prevent the apprehended breach of the peace.

2. The applicants

45. In the applicants’ submission, in order to establish whether there had been a deprivation of liberty it was necessary objectively to evaluate the individual’s concrete situation, in particular whether there had been “confinement to a certain limited place for a not negligible length of time”, and whether he or she “validly consented” to this happening (see *Storck v. Germany*, no. 61603/00, § 74, ECHR 2005-V). Where the measure employed did not involve detention in the classic sense of imprisonment, it should be evaluated by reference to the nature and extent of the confinement, the manner of its implementation, its duration and its effect upon the applicant. Thus, for example, the greater the extent of the confinement and the greater the degree of coercion by the authorities, the shorter the duration required before a deprivation of liberty would be found.

46. The applicants reasoned that the Government’s observations were based on the novel and controversial proposition that containment required for a benevolent or public-interest purpose would not amount to a deprivation of liberty, at least outside the classic imprisonment situation. The applicants disagreed and submitted that if a measure was employed in circumstances that would otherwise amount to a deprivation of liberty, the intention or purpose with which it was undertaken was irrelevant to the assessment of whether a deprivation of liberty had occurred. The purpose for which the measure was undertaken was relevant only to determine whether an established deprivation of liberty was justified by reference to the six purposes specified at Article 5 § 1 (a) to (f), which were, in any case, to be narrowly construed. It was not possible to interpret the concept of deprivation of liberty differently in relation to restrictions imposed on

grounds of public order, as opposed to measures imposed for any other benevolent or public-interest purpose.

47. The applicants further contended that the Government's attempt to support their argument by reference to the search for a fair balance between the demands of the public interest and the need to protect the rights of individuals was misconceived. This fair balance had already been struck by the very formulation of the rights protected by the Convention. The Court was not free to weigh competing public-interest considerations to narrow down the scope of protection. Any assessment of fair balance undertaken by the Court was informed by the structure of the particular Article and only occurred within the spaces left by that structure, for example in delimiting the scope of positive obligations arising from certain Articles. If the Government's central contention were correct, States would be able to circumvent the protections of Article 5, detaining people for a wide range of reasons beyond the scope of Article 5 § 1 (a) to (f), provided that necessity was shown and without those individuals enjoying the safeguards, procedural and substantive, afforded by Article 5.

48. The applicants did not contend that there was a deprivation of liberty from the moment the cordon was imposed. However, in view of the nature of the confinement, its coercive enforcement, long duration and effect upon them, the containment within the police cordon was clearly a deprivation of their liberty. The fact that the domestic Courts found it was a necessary public-order measure was irrelevant to this issue.

49. The deprivation of liberty was not justified under any of the subparagraphs of Article 5 § 1. In particular, as regards Article 5 § 1 (b), the applicants were not detained to "secure the fulfilment of any obligation prescribed by law", since this justification could only arise where a specific and concrete obligation upon the individual had arisen and the deprivation of liberty was incidental to its fulfilment. The "obligation" could not be a requirement to submit to the deprivation of liberty itself. Furthermore, detention pursuant to Article 5 § 1 (c), "when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence", required both that the deprivation occurred to prevent the individual in question from committing a particular offence and that it was the intention of the authorities at the time of the deprivation to bring the individual before the competent legal authority in the course of criminal proceedings. Neither of these requirements could be shown in their case.

B. The Court's assessment

1. Admissibility

50. The Court considers that the question whether the applicants were deprived of their liberty, and therefore whether Article 5 § 1 applies, is closely linked to the merits of the applicants' complaints. It therefore joins this preliminary issue to the merits.

51. It finds that the case is not inadmissible on any other grounds and it therefore declares it admissible.

2. Merits

(a) General principles

52. It is true, as the parties point out, that this is the first time that the Court has considered the application of Article 5 § 1 of the Convention in respect of the "kettling" or containment of a group of people carried out by the police on public-order grounds. In interpreting Article 5 § 1 in these circumstances, and in particular in determining whether there has been a deprivation of liberty, the Court draws guidance from the following general principles.

53. Firstly, as the Court has underlined on many occasions, the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions and of the ideas prevailing in democratic States today (see, among other authorities, *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, § 31, Series A no. 26; *Kress v. France* [GC], no. 39594/98, § 70, ECHR 2001-VI; *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 75, ECHR 2002-VI; and, most recently, *Bayatyan v. Armenia* [GC], no. 23459/03, § 102, ECHR 2011). This does not, however, mean that to respond to present-day needs, conditions, views or standards the Court can create a new right apart from those recognised by the Convention (see *Johnston and Others v. Ireland*, 18 December 1986, §§ 51-54, Series A no. 112) or that it can whittle down an existing right or create a new "exception" or "justification" which is not expressly recognised in the Convention (see, for example, *Engel and Others*, cited above, § 57, and *Ciulla v. Italy*, 22 February 1989, § 41, Series A no. 148).

54. Secondly, the Convention must be read as a whole, and interpreted in such a way as to promote internal consistency and harmony between its various provisions (see *Stec and Others v. the United Kingdom* (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 48, ECHR 2005-X).

55. Given the context in which this containment measure took place in the instant case, the Court considers it appropriate to note, for the sake of completeness, that Article 2 of Protocol No. 4 to the Convention guarantees the right to liberty of movement. It is true that the applicants did not rely upon this provision, since the United Kingdom has not ratified Protocol No. 4 and is thus not bound by it. In the Court's view, however, taking into account the importance and purport of the distinct provisions of Article 5 and of Article 2 of Protocol No. 4, it is helpful to make the following reflections. Firstly, Article 5 should not, in principle, be interpreted in such a way as to incorporate the requirements of Protocol No. 4 in respect of States which have not ratified it, including the United Kingdom. At the same time, Article 2 § 3 of the said Protocol permits restrictions to be placed on the right to liberty of movement where necessary, *inter alia*, for the maintenance of public order, the prevention of crime or the protection of the rights and freedoms of others. In connection with Article 11 of the Convention, the Court has held that interferences with the right of freedom of assembly are in principle justified for the prevention of disorder or crime and for the protection of the rights and freedoms of others where demonstrators engage in acts of violence (see *Giuliani and Gaggio v. Italy* [GC], no. 23458/02, § 251, ECHR 2011). It has also held that, in certain well-defined circumstances, Articles 2 and 3 may imply positive obligations on the authorities to take preventive operational measures to protect individuals at risk of serious harm from the criminal acts of other individuals (see *Giuliani and Gaggio*, cited above, § 244, and *P.F. and E.F. v. the United Kingdom* (dec.), no. 28326/09, § 36, 23 November 2010). When considering whether the domestic authorities have complied with such positive obligations, the Court has held that account must be taken of the difficulties involved in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources (see *Giuliani and Gaggio*, cited above, § 245, and *P.F. and E.F. v. the United Kingdom*, cited above, § 40).

56. As the Court has previously stated, the police must be afforded a degree of discretion in taking operational decisions. Such decisions are almost always complicated and the police, who have access to information and intelligence not available to the general public, will usually be in the best position to make them (see *P.F. and E.F. v. the United Kingdom*, cited above, § 41). Moreover, even by 2001, advances in communications technology had made it possible to mobilise protesters rapidly and covertly on a hitherto unknown scale. Police forces in the Contracting States face new challenges, perhaps unforeseen when the Convention was drafted, and have developed new policing techniques to deal with them, including

containment or “kettling”. Article 5 cannot be interpreted in such a way as to make it impracticable for the police to fulfil their duties of maintaining order and protecting the public, provided that they comply with the underlying principle of Article 5, which is to protect the individual from arbitrariness (see *Saadi v. the United Kingdom* [GC], no. 13229/03, §§ 67-74, ECHR 2008).

57. As mentioned above, Article 5 § 1 is not concerned with mere restrictions on liberty of movement, which are governed by Article 2 of Protocol No. 4. In order to determine whether someone has been “deprived of his liberty” within the meaning of Article 5 § 1, the starting-point must be his concrete situation and account must be taken of a whole range of criteria such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question. The difference between deprivation of and restriction upon liberty is one of degree or intensity, and not of nature or substance (see *Engel and Others*, § 59; *Guzzardi*, §§ 92-93; *Storck*, § 71, all cited above; and also, more recently, *Medvedev and Others v. France* [GC], no. 3394/03, § 73, ECHR 2010).

58. As Lord Walker pointed out (see paragraph 37 above), the purpose behind the measure in question is not mentioned in the above judgments as a factor to be taken into account when deciding whether there has been a deprivation of liberty. Indeed, it is clear from the Court’s case-law that an underlying public-interest motive, for example to protect the community against a perceived threat emanating from an individual, has no bearing on the question whether that person has been deprived of his liberty, although it might be relevant to the subsequent inquiry whether the deprivation of liberty was justified under one of the sub-paragraphs of Article 5 § 1 (see, among many examples, *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 3455/05, § 166, ECHR 2009; *Enhorn v. Sweden*, no. 56529/00, § 33, ECHR 2005-I; and *M. v. Germany*, no. 19359/04, ECHR 2009). The same is true where the object is to protect, treat or care in some way for the person taken into confinement, unless that person has validly consented to what would otherwise be a deprivation of liberty (see *Storck*, cited above, §§ 74-78, and the cases cited therein and, most recently, *Stanev v. Bulgaria* [GC], no. 36760/06, § 117, ECHR 2012; see also, as regards validity of consent, *Amuur v. France*, 25 June 1996, § 48, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III).

59. However, the Court is of the view that the requirement to take account of the “type” and “manner of implementation” of the measure in question (see *Engel and Others*, § 59 and *Guzzardi*, § 92, both cited above) enables it to have regard to the specific context and circumstances surrounding types of restriction other than the paradigm of confinement

in a cell (see, for example, *Engel and Others*, cited above, § 59, and *Amuur*, cited above, § 43). Indeed, the context in which action is taken is an important factor to be taken into account, since situations commonly occur in modern society where the public may be called upon to endure restrictions on freedom of movement or liberty in the interests of the common good. As the judges in the Court of Appeal and House of Lords observed, members of the public generally accept that temporary restrictions may be placed on their freedom of movement in certain contexts, such as travel by public transport or on the motorway, or attendance at a football match (see paragraphs 35 and 37 above). The Court does not consider that such commonly occurring restrictions on movement, so long as they are rendered unavoidable as a result of circumstances beyond the control of the authorities and are necessary to avert a real risk of serious injury or damage, and are kept to the minimum required for that purpose, can properly be described as “deprivations of liberty” within the meaning of Article 5 § 1.

60. Article 5 enshrines a fundamental human right, namely the protection of the individual against arbitrary interference by the State with his or her right to liberty. Sub-paragraphs (a) to (f) of Article 5 § 1 contain an exhaustive list of permissible grounds on which persons may be deprived of their liberty and no deprivation of liberty will be compatible with Article 5 § 1 unless it falls within one of those grounds (see, amongst many other authorities, *Al-Jedda v. the United Kingdom* [GC], no. 27021/08, § 99, ECHR 2011). It cannot be excluded that the use of containment and crowd-control techniques could, in particular circumstances, give rise to an unjustified deprivation of liberty in breach of Article 5 § 1. In each case, Article 5 § 1 must be interpreted in a manner which takes into account the specific context in which the techniques are deployed, as well as the responsibilities of the police to fulfil their duties of maintaining order and protecting the public, as they are required to do under both national and Convention law.

(b) Application of these principles to the facts of the case

61. The question whether there has been a deprivation of liberty is, therefore, based on the particular facts of the case. In this connection, the Court observes that within the scheme of the Convention it is intended to be subsidiary to the national systems safeguarding human rights (see *A. and Others v. the United Kingdom*, cited above, § 154). Subsidiarity is at the very basis of the Convention, stemming as it does from a joint reading of Articles 1 and 19. The Court must be cautious in taking on the role of a first-instance tribunal of fact, where this is not rendered unavoidable by the circumstances of a particular case. As a general rule, where domestic

proceedings have taken place, it is not the Court's task to substitute its own assessment of the facts for that of the domestic courts and it is for the latter to establish the facts on the basis of the evidence before them. Though the Court is not bound by the findings of domestic courts and remains free to make its own appreciation in the light of all the material before it, in normal circumstances it requires cogent elements to lead it to depart from the findings of fact reached by the domestic courts (see *Giuliani and Gaggio*, cited above, § 180). Nonetheless, since pursuant to Articles 19 and 32 of the Convention it is the Court's role definitively to interpret and apply the Convention, while it must have reference to the domestic court's findings of fact, it is not constrained by their legal conclusions as to whether or not there has been a deprivation of liberty within the meaning of Article 5 § 1 (see, for example, *Storck*, cited above, § 72).

62. Tugendhat J's judgment at first instance followed a three-week trial, during which he considered a substantial body of evidence about the events at Oxford Circus on May Day 2001, including oral testimony and documentary, video and photographic evidence (see paragraph 16 above). He found, *inter alia*, that the information available in advance to the police indicated that the demonstration would attract a "hard core" of 500 to 1,000 violent demonstrators and that there was a real risk of serious injury, even death, and damage to property if the crowds were not effectively controlled. The police were expecting a crowd to form at Oxford Circus at around 4 p.m. and they were taken by surprise when over 1,500 people gathered there two hours earlier. In the light of the intelligence they had received and the behaviour of crowds at earlier demonstrations on similar themes, the police decided that, if they were to prevent violence and the risk of injury to persons and damage to property, an absolute cordon had to be imposed at 2 p.m. From 2.20 p.m., when a full cordon was in place, no one in the crowd was free to leave the area without permission. There was space within the cordon for people to walk around and there was no crushing, but conditions were uncomfortable, with no shelter, food, water or toilet facilities. Throughout the afternoon and evening, attempts were made by the police to commence collective release but the violent and uncooperative behaviour of a significant minority both within the cordon and in the surrounding area outside led the police repeatedly to suspend dispersal. In consequence, full dispersal could not be completed until 9.30 p.m. However, the police permitted approximately 400 individuals, who could clearly be identified as not being involved in the demonstration or who were seriously affected by being confined, to leave (see paragraphs 17-25 above). These findings were not disputed by the parties to the present proceedings and the Court sees no ground to depart from them. The first, second and

third applicants were confined within the police cordon for approximately seven hours and the fourth applicant for five and a half hours.

63. The Court must analyse the applicants' concrete situation with reference to the criteria set out in *Engel and Others* and the subsequent case-law (see paragraph 57 above). Although there were differences between the applicants, in that the first applicant was present in Oxford Circus as a demonstrator whereas the other applicants were passers-by, the Court does not consider that this difference is relevant to the question whether there was a deprivation of liberty.

64. In accordance with the *Engel and Others* criteria, the Court considers that the coercive nature of the containment within the cordon, its duration and its effect on the applicants, in terms of physical discomfort and inability to leave Oxford Circus, point towards a deprivation of liberty.

65. However, the Court must also take into account the "type" and "manner of implementation" of the measure in question. As indicated above, the context in which the measure was imposed is significant.

66. It is important to note, therefore, that the measure was imposed to isolate and contain a large crowd, in volatile and dangerous conditions. As the Government pointed out (see paragraph 42 above), the police decided to make use of a measure of containment to control the crowd rather than having resort to more robust methods, which might have given rise to a greater risk of injury to people within the crowd. The trial judge concluded that, given the situation in Oxford Circus, the police had had no alternative but to impose an absolute cordon if they were to avert a real risk of serious injury or damage (see paragraph 26 above). The Court finds no reason to depart from the judge's conclusion that in the circumstances the imposition of an absolute cordon was the least intrusive and most effective means to be applied. Indeed, the applicants did not contend that, when the cordon was first imposed, those within it were immediately deprived of their liberty (see paragraph 48 above).

67. Moreover, again on the basis of the facts found by the trial judge, the Court is unable to identify a moment when the measure changed from what was, at most, a restriction on freedom of movement to a deprivation of liberty. It is striking that, some five minutes after the absolute cordon was imposed, the police were planning to commence a controlled release towards the north. Thirty minutes later, a second attempt by the police to begin release was begun but suspended because of the violent behaviour of those within and outside the cordon. Between about 3 p.m. and 6 p.m., the police kept the situation under review but the arrival of a new group of protesters and the dangerous conditions within the crowds led them to consider that it would not be safe to attempt to release those within the

cordon. Controlled release was recommenced at 5.55 p.m. but stopped at 6.15 p.m.; resumed at 7 p.m. and suspended at 7.20 p.m.; begun again at 7.30 p.m. and again abandoned; then carried out continuously, in groups of ten, until the entire crowd had been released at 9.45 p.m. (see paragraph 24 above). Thus, the trial judge found the same conditions which required the police to contain the crowd at 2 p.m. persisted until about 8 p.m., when the collective release was finally able to proceed without interruption (see paragraph 24 above). In these circumstances, where the police kept the situation constantly under close review, but where substantially the same dangerous conditions which necessitated the imposition of the cordon at 2 p.m. continued to exist throughout the afternoon and early evening, the Court does not consider that those within the cordon can be said to have been deprived of their liberty within the meaning of Article 5 § 1. Since there was no deprivation of liberty, it is unnecessary for the Court to examine whether the measure in question was justified in accordance with sub-paragraphs (b) or (c) of Article 5 § 1.

68. The Court emphasises that the above conclusion, that there was no deprivation of liberty, is based on the specific and exceptional facts of this case. Furthermore, this application did not include any complaint under Articles 10 or 11 of the Convention and the Court notes the first-instance judge's finding that there had been no interference with the Article 10 and 11 rights of freedom of expression and assembly of those contained within the cordon (see paragraph 32 above). It must be underlined that measures of crowd control should not be used by the national authorities directly or indirectly to stifle or discourage protest, given the fundamental importance of freedom of expression and assembly in all democratic societies. Had it not remained necessary for the police to impose and maintain the cordon in order to prevent serious injury or damage, the "type" of the measure would have been different, and its coercive and restrictive nature might have been sufficient to bring it within Article 5.

69. In conclusion, since Article 5 is inapplicable, there has been no violation of that provision in this case.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Declares* the applications admissible unanimously;
2. *Holds* by fourteen votes to three that there has been no violation of Article 5 of the Convention.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 15 March 2012.

Michael O'Boyle
Registrar

Françoise Tulkens
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following separate opinion of Judges Tulkens, Spielmann and Garlicki is annexed to this judgment.

F.T.
M.O'B.

JOINT DISSENTING OPINION OF JUDGES TULKENS,
SPIELMANN AND GARLICKI

(Translation)

1. We do not share the view of the majority that there was no deprivation of liberty in the present case, a finding which led them to conclude that, since Article 5 of the Convention was inapplicable, there had been no violation of that provision.
2. The judgment explains its position by “the specific and exceptional facts of this case”, while also pointing out that “[h]ad it not remained necessary for the police to impose and maintain the cordon in order to prevent serious injury or damage, the ‘type’ of the measure would have been different, and its coercive and restrictive nature might have been sufficient to bring it within Article 5” (see paragraph 68).
3. In terms of the principles governing the application of Article 5 of the Convention, a provision which features in all the universal and regional human rights instruments and forms part of the European public order, the majority’s position can be interpreted as implying that, if it is necessary to impose a coercive and restrictive measure for a legitimate public-interest purpose, the measure does not amount to a deprivation of liberty. This is a new proposition which is eminently questionable and objectionable for two reasons.
 4. Firstly, the Court has always held that the aim or intention of a measure cannot be taken into account in assessing whether there has been a deprivation of liberty. These aspects are relevant only in assessing whether the deprivation of liberty was justified for the purposes listed in sub-paragraphs (a) to (f) of Article 5 § 1. In other words, the wording of Article 5 in itself strikes the fair balance inherent in the Convention between the public interest and the individual right to liberty by expressly limiting the purposes which a deprivation of liberty may legitimately pursue.
 5. Next, regard being had to the structure and wording of Article 5 § 1 of the Convention, there can be no distinction in principle between measures taken on public-order grounds and measures imposed for any other legitimate/public-interest purpose. In other words, there is no reason to treat deprivations of liberty resulting from public-order considerations any differently from other kinds of deprivation of liberty for which this provision is invoked. Otherwise, States would be able to “circumvent” the guarantees laid down in Article 5 and detain people for a whole range of reasons going beyond the provisions of Article 5 § 1 (a) to (f), as long as they could show that the measure was necessary.

6. This was the approach underlying the Court's analysis in the *A. and Others v. the United Kingdom* judgment of 19 February 2009 ([GC], no. 3455/05, ECHR 2009), concerning a situation that was surely even more serious, namely a potential threat to national security: "The Court does not accept the Government's argument that Article 5 § 1 permits a balance to be struck between the individual's right to liberty and the State's interest in protecting its population from terrorist threat. This argument is inconsistent not only with the Court's jurisprudence under sub-paragraph (f) but also with the principle that paragraphs (a) to (f) amount to an exhaustive list of exceptions and that only a narrow interpretation of these exceptions is compatible with the aims of Article 5. If detention does not fit within the confines of the paragraphs as interpreted by the Court, it cannot be made to fit by an appeal to the need to balance the interests of the State against those of the detainee" (§ 171).

7. In this connection, the suggestion by the majority which unfortunately features in the part of the present judgment setting out general principles is problematic in our view: "It cannot be excluded that the use of containment and crowd-control techniques could, in particular circumstances, give rise to an unjustified deprivation of liberty in breach of Article 5 § 1. In each case, Article 5 § 1 must be interpreted in a manner which takes into account the specific context in which the techniques are deployed, as well as the responsibilities of the police to fulfil their duties of maintaining order and protecting the public, as they are required to do under both national and Convention law" (see paragraph 60 of the judgment). The wording of this statement appears dangerous to us in that it leaves the way open for *carte blanche* and sends out a bad message to police authorities.

8. The majority point out that "in certain well-defined circumstances, Articles 2 and 3 may imply positive obligations on the authorities to take preventive operational measures to protect individuals at risk of serious harm" (see paragraph 55 of the judgment). That may be so, but it has not been established in the present case that there was a clear and present danger to life or limb. In any event, the problem arising is not in fact a new one. The interaction between the protection afforded by Article 5 § 1 of the Convention and the positive obligations under Articles 2 and 3 has been examined on several occasions by the Court, which has consistently reiterated that positive obligations of this kind should be fully compatible with the guarantees set forth in Article 5. Only recently, in the *Jendrowiak v. Germany* judgment (no. 30060/04, 14 April 2011), the Court observed that "the State authorities could not, in the present case, rely on their positive obligations under the Convention in order to justify the applicant's deprivation of liberty which, as has been shown above ..., did not fall within

any of the exhaustively listed permissible grounds for a deprivation of liberty under sub-paragraphs (a) to (f) of Article 5 § 1. That provision can thus be said to contain all grounds on which a person may be deprived of his liberty in the public interest, including the interest in protecting the public from crime” (§ 38).

9. In the present case, the paradox lies in the fact that, as rightly noted by Lords Hope and Neuberger, if there had been a deprivation of liberty, it would not have been possible for the police to justify it under the exceptions provided for in Article 5 § 1, sub-paragraphs (b) and (c).

10. We are well aware that maintaining order is a difficult task, although in the present case it was not disputed that the 6,000 police officers deployed were the most experienced in England. As the domestic courts’ analysis indicates, it appears that the police prioritised effectiveness in their operation and opted for the most practical means of dealing with the situation by keeping *everyone* inside the cordon. This measure was thus applied indiscriminately and was also imposed against people taking no part in the demonstration. In this regard, the police could have been expected to apply less intrusive means. As it was, it seems that all people who happened to be at Oxford Circus at around 2 p.m. were treated like objects and were forced to remain there as long as the police had not solved other problems around the city.

11. The majority note that the applicants’ circumstances differed in that the first applicant went to Oxford Circus to take part in the demonstration, whereas the other three applicants were passers-by. They consider, however, that this difference is *not relevant* to the question whether there was a deprivation of liberty (see paragraph 63 of the judgment). With all due respect, we do not agree. Admittedly, one can accept that active participants in a demonstration that is not entirely peaceful should be aware that their freedom of movement may be restricted because of the need for police measures, although that was not the case here. Indeed, the Court of Appeal overturned Mr Justice Tugendhat’s finding that the police had had reasonable grounds to believe that the first applicant was about to commit a breach of the peace; on the contrary, it held that in containing her, the police had been exercising an exceptional common-law power whereby an innocent party could be detained in order to prevent a breach of the peace by others. Be that as it may, the situation was completely different regarding the other three applicants, who were at the scene by chance and had no intention of taking part in the demonstration. They could reasonably have expected that, by following police instructions, they would not be subjected to measures aimed at controlling a crowd of hostile demonstrators.

12. The Court considers itself unable to identify a moment when the measure of a restriction on freedom of movement changed to a deprivation of liberty (see paragraph 67 of the judgment). It is unclear what this observation means. Does it mean that there was no deprivation of liberty before 9.30 p.m. or that the situation became a deprivation of liberty between 2 and 9.30 p.m. but the precise moment cannot be pinpointed? In the latter event, the majority should not be able to conclude so categorically that those within the cordon cannot be said to have been deprived of their liberty within the meaning of Article 5 § 1 of the Convention. In a situation of uncertainty, the presumption is normally in favour of respect for individual rights.

13. Lastly, the Grand Chamber makes no reference whatsoever to the *Gillan and Quinton v. the United Kingdom* judgment of 12 January 2010 (no. 4158/05, ECHR 2010). Admittedly, the main focus of that case was Article 8 of the Convention, but Article 5 was also involved, precisely in the context of a demonstration. The interpretation of Article 5 in *Gillan and Quinton* was in fact much broader than in the present case since the Court found that a coercive restriction on freedom of movement amounted to deprivation of liberty within the meaning of Article 5 § 1: “The Court observes that although the length of time during which each applicant was stopped and searched did not in either case exceed thirty minutes, during this period the applicants were *entirely* deprived of any freedom of movement. They were obliged to remain where they were and submit to the search and if they had refused they would have been liable to arrest, detention at a police station and criminal charges. *This element of coercion is indicative of a deprivation of liberty within the meaning of Article 5 § 1* (see, for example, *Foka v. Turkey*, no. 28940/95, §§ 74-79, 24 June 2008)” (§ 57, emphasis added). Yet the degree of coercion in the present case was much higher than in *Gillan and Quinton*.

14. In the present case, the applicants were confined within a relatively small area, together with some 3,000 other people, and their freedom of movement was greatly reduced; they were only able to stand up or sit on the ground and had no access to toilet facilities, food or water. The cordon was maintained through the presence of hundreds of riot police officers and the applicants were entirely dependent on the police officers’ decisions as to when they could leave. Furthermore, the police could use force to keep the cordon in place, and refusal to comply with their instructions and restrictions was punishable by a prison sentence and could lead to arrest. All the applicants were contained in those conditions for six to seven hours.

15. In conclusion, we consider that there was a deprivation of liberty within the meaning of Article 5 of the Convention and that there has been a violation of that Article in the present case.

AUSTIN ET AUTRES c. ROYAUME-UNI
(Requêtes n^os 39692/09, 40713/09 et 41008/09)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 15 MARS 2012¹

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre après dessaisissement d'une chambre en vertu de l'article 30 de la Convention.

SOMMAIRE¹**Manifestants pacifiques maintenus à l'intérieur d'un cordon de police pendant plus de sept heures****Article 5 § 1**

Applicabilité – Technique du «kettling» (enchaudronnement) – Manifestants pacifiques maintenus à l'intérieur d'un cordon de police pendant plus de sept heures – Critères permettant de déterminer s'il y a eu privation de liberté – Distinction entre privation de liberté et restriction à la liberté de mouvement – Genre de la mesure – Modalités d'exécution – Moyen le moins intrusif et le plus efficace de parer à un risque réel de dommages corporels et matériels graves dans les circonstances exceptionnelles de l'espèce

*

* *

Le 1^{er} mai 2001, une manifestation importante anticapitaliste et antimondialisation se déroula à Londres. Les organisateurs n'avaient pas notifié leurs intentions à la police, et les documents qu'ils avaient distribués à l'avance faisaient état d'incitations au pillage, à la violence et à la participation à diverses actions de protestation à travers Londres. Selon les renseignements dont disposait la police, outre des manifestants pacifiques, entre 500 et 1 000 individus enclins à la violence et à la confrontation étaient susceptibles d'être présents. Au début de l'après-midi, une foule nombreuse convergea vers Oxford Circus, de sorte qu'au moment des événements en cause quelque 3 000 personnes y étaient rassemblées et plusieurs milliers d'autres étaient massées dans les rues adjacentes. Afin de prévenir les atteintes aux personnes et aux biens, la police prit la décision de contenir la foule en mettant en place un cordon bloquant toutes les issues dans le quartier. En raison des actes de violences que commettaient ou risquaient de commettre des individus à l'intérieur et à l'extérieur du cordon, et en conséquence d'une politique consistant à fouiller et à établir l'identité des personnes à l'intérieur du cordon qui étaient soupçonnées d'être des fauteurs de troubles, de nombreux manifestants pacifiques et passants, dont les requérants, ne furent pas relâchés avant plusieurs heures.

A la suite de ces événements, la première requérante intenta une action pilote devant la *High Court*, demandant des dommages-intérêts pour séquestration et violation de ses droits garantis par la Convention. Ses prétentions furent rejetées et la décision

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

de première instance fut confirmée en appel. Dans un arrêt unanime¹, la Chambre des lords conclut qu'il n'y avait pas eu privation de liberté au sens de l'article 5 de la Convention étant donné que la police avait eu l'intention de protéger tant les manifestants que les biens d'actes de violence, et que le cordon n'avait été maintenu que le temps nécessaire pour atteindre ce but. Pour la haute juridiction, le but de la mesure de confinement ou de restriction à la liberté de mouvement et les intentions de ceux ayant décidé de l'imposer représentaient des éléments à prendre en compte pour déterminer s'il y avait eu privation de liberté. Elle conclut également que des mesures de contrôle des foules qui étaient proportionnées et prises de bonne foi dans l'intérêt de la société n'enfreignaient pas les droits garantis par l'article 5 aux personnes dont la liberté de mouvement était restreinte.

Article 5 § 1 : c'est la première fois que la Cour est amenée à examiner l'application de la Convention concernant la technique du « *kettling* », qui consiste pour la police à retenir un groupe de personnes pour des motifs d'ordre public. Les principes généraux suivants sont particulièrement pertinents à cet égard. i. La police doit jouir d'une certaine marge d'appréciation dans l'adoption de décisions opérationnelles. L'article 5 ne saurait s'interpréter de manière à l'empêcher de remplir ses devoirs de maintien de l'ordre et de protection du public, sous réserve qu'elle respecte le principe qui sous-tend l'article 5, à savoir la protection de l'individu contre l'arbitraire. ii. L'article 5 § 1 ne concerne pas les simples restrictions à la liberté de circuler, lesquelles obéissent à l'article 2 du Protocole n° 4 (que le Royaume-Uni n'a pas ratifié). Pour déterminer si un individu se trouve « privé de sa liberté » au sens de l'article 5 § 1, il faut partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée. Entre privation et restriction de liberté, il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence. iii. Le but de la mesure en question n'est pas un élément à prendre en compte pour l'appréciation du point de savoir s'il y a eu privation de liberté (même s'il peut être pertinent pour l'étape ultérieure, qui consiste à examiner si la privation de liberté se justifiait au regard de l'un ou l'autre des alinéas de l'article 5 § 1). iv. A l'inverse, le contexte dans lequel s'insère la mesure représente un facteur important. Le public est souvent appelé à supporter des restrictions temporaires à la liberté de mouvement dans certains contextes, par exemple dans les transports publics, lors de déplacements sur l'autoroute, ou à l'occasion d'un match de football. Sous réserve qu'elles soient le résultat inévitable de circonstances échappant au contrôle des autorités, qu'elles soient nécessaires pour prévenir un risque réel d'atteintes graves aux personnes ou aux biens et qu'elles soient limitées au minimum requis à cette fin, des restrictions à la liberté aussi courantes ne peuvent à bon droit être regardées comme des « privations de liberté » au sens de l'article 5 § 1.

1. *Austin (FC) & another v. Commissioner of Police of the Metropolis* [2009] UKHL 5.

Quant aux circonstances de l'espèce, la Cour relève qu'à l'issue d'un procès de trois semaines, pendant lequel il examina un nombre considérable d'éléments de preuve, le juge de première instance établit que, selon la police, la manifestation devait attirer un « noyau dur » de 500 à 1 000 manifestants violents à Oxford Circus vers 16 heures et il y avait un risque réel de dommages corporels graves, voire de décès, et d'atteintes aux biens si la foule n'était pas efficacement contrôlée. Les policiers furent pris au dépourvu lorsqu'ils constatèrent que plus de 1 500 personnes se pressaient déjà sur le site deux heures avant l'heure prévue et décidèrent que, pour prévenir les violences et le risque d'atteintes aux personnes et aux biens, il fallait imposer un cordon intégral. A partir de 14 h 20, lorsque ce cordon intégral fut en place, personne à l'intérieur n'eut plus la possibilité de partir sans autorisation. Il y avait suffisamment d'espace au sein du cordon pour que les personnes pussent se déplacer, et il n'y eut pas de bousculades, mais les conditions étaient inconfortables, car les personnes enfermées ne pouvaient s'abriter nulle part, ne disposaient ni d'eau ni de nourriture et n'avaient pas accès à des toilettes. Tout au long de l'après-midi et de la soirée, la police tenta à plusieurs reprises de débuter un processus de libération collective, mais le comportement violent et peu coopératif d'une minorité importante aussi bien à l'intérieur du cordon qu'aux alentours de celui-ci l'amena à suspendre à chaque fois l'opération; en conséquence, le processus de dispersion ne fut totalement achevé qu'à 21 h 30. Cependant, environ 400 personnes qui, visiblement, n'avaient rien à voir avec la manifestation ou subissaient de graves conséquences du fait de leur confinement furent autorisées à partir avant.

Sur la base de ces constatations, la Cour estime que la nature coercitive de la mesure de confinement au sein du cordon, sa durée et ses effets sur les requérants, notamment l'inconfort physique qu'elle leur a causé et l'impossibilité dans laquelle elle les a mis de quitter Oxford Circus, sont des éléments qui militent en faveur d'un constat de privation de liberté. Elle doit toutefois également prendre en compte le «genre» et les «modalités d'exécution» de la mesure en question, le contexte dans lequel celle-ci s'insère ayant son importance.

La mesure a été imposée dans un but d'isolement et de confinement d'une foule nombreuse, dans des conditions instables et dangereuses. Cette mesure de confinement a été préférée à des méthodes plus radicales qui auraient pu donner lieu à un risque supérieur d'atteintes aux personnes. La Cour n'aperçoit aucun motif de se démarquer de la conclusion du juge interne selon laquelle la mise en place d'un cordon intégral était le moyen le moins intrusif et le plus efficace de parer à un risque réel de dommages corporels et matériels graves. Partant, la mise en place du cordon ne constituait pas une « privation de liberté ». Au demeurant, les requérants ne prétendent pas que la mise en place initiale du cordon ait eu pour effet immédiat de priver de leur liberté les personnes prises à l'intérieur et la Cour ne peut identifier un moment précis où la mesure, d'une restriction à la liberté de mouvement qu'elle constituait tout au plus, se serait muée en une privation de liberté. Il est frappant de constater que, cinq minutes environ après la mise en place du cordon intégral,

la police envisageait déjà de commencer une opération de dispersion contrôlée. Elle fit par la suite de nombreuses tentatives en ce sens et suivit constamment de très près l'évolution de la situation. Dès lors, dans les circonstances spécifiques et exceptionnelles de l'espèce, il n'y a pas eu privation de liberté au sens de l'article 5 § 1. En conclusion, l'article 5 ne trouvant pas à s'appliquer, il n'a pas été violé en l'espèce.

La Cour souligne cependant que, compte tenu de l'importance fondamentale de la liberté d'expression et de la liberté de réunion dans toute société démocratique, les autorités nationales doivent se garder d'avoir recours à des mesures de contrôle des foules afin, directement ou indirectement, d'étouffer ou de décourager des mouvements de protestation. Si la mise en place et le maintien du cordon par la police n'avaient pas été nécessaires pour prévenir des atteintes graves aux personnes ou aux biens, la mesure aurait été d'un « genre » différent, et sa nature coercitive et restrictive aurait pu suffire à la faire tomber dans le champ de l'article 5.

Conclusion: non-violation (quatorze voix contre trois).

Jurisprudence citée par la Cour

Engel et autres c. Pays-Bas, 8 juin 1976, série A n° 22

Tyler c. Royaume-Uni, 25 avril 1978, série A n° 26

Johnston et autres c. Irlande, 18 décembre 1986, série A n° 112

Ciulla c. Italie, 22 février 1989, série A n° 148

Amuur c. France, 25 juin 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III

Kress c. France [GC], n° 39594/98, CEDH 2001-VI

Christine Goodwin c. Royaume-Uni [GC], n° 28957/95, CEDH 2002-VI

Enhorn c. Suède, n° 56529/00, CEDH 2005-I

Storck c. Allemagne, n° 61603/00, CEDH 2005-V

Stec et autres c. Royaume-Uni (déc.) [GC], n° 65731/01 et 65900/01, CEDH 2005-X

Saadi c. Royaume-Uni [GC], n° 13229/03, CEDH 2008

M. c. Allemagne, n° 19359/04, CEDH 2009

A. et autres c. Royaume-Uni [GC], n° 3455/05, CEDH 2009

Medvedev et autres c. France [GC], n° 3394/03, CEDH 2010

P.F et E.F c. Royaume-Uni (déc.), n° 28326/09, 23 novembre 2010

Giuliani et Gaggio c. Italie [GC], n° 23458/02, CEDH 2011

Bayatyan c. Arménie [GC], n° 23459/03, CEDH 2011

Al-Jedda c. Royaume-Uni [GC], n° 27021/08, CEDH 2011

Stanev c. Bulgarie [GC], n° 36760/06, CEDH 2012

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

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

Françoise Tulkens, *présidente*,

Nicolas Bratza,

Jean-Paul Costa,

Josep Casadevall,

Nina Vajić,

Dean Spielmann,

Lech Garlicki,

Ineta Ziemele,

Päivi Hirvelä,

Giorgio Malinverni,

Luis López Guerra,

Ledi Bianku,

Kristina Pardalos,

Ganna Yudkivska,

Vincent A. De Gaetano,

Angelika Nußberger,

Erik Møse, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 14 septembre 2011 et le 15 février 2012,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouvent trois requêtes dirigées contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et soumises à la Cour en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention») : la première (n° 39692/09), introduite le 17 juillet 2009 par une ressortissante britannique, M^{me} Lois Amelia Austin («la première requérante»), la deuxième (n° 40713/09), introduite le 27 juillet 2009 par M. George Black («le deuxième requérant»), qui possède les nationalités grecque et australienne, et la troisième (n° 41008/09), introduite le 27 juillet 2009 par M^{me} Bronwyn Lowenthal («la troisième requérante»), qui possède les nationalités britannique et australienne, et par un ressortissant britannique, M. Peter O'Shea («le quatrième requérant»).

2. La première requérante a été représentée par M^{me} L. Christian, M^{me} K. Craig, M^{me} H. Williams QC et M^{me} P. Kaufmann QC. Le deuxième

requérant a été représenté par M. J. Welch. Les troisième et quatrième requérants ont été représentés par M. B. Emmerson QC, M. M. Fordham QC, M. A. Bailin et M. J. Halford. Le gouvernement britannique («le Gouvernement») a été représenté par son agent, M. John Grainger, du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth.

3. Les requérants dénonçaient leur confinement, lors d'une manifestation dans le centre de Londres, à l'intérieur d'un cordon de police (une mesure désignée par le terme de «*kettling*» – «enchaudronnement») pendant une durée ayant pu aller jusqu'à sept heures; ils y voyaient une privation de liberté contraire à l'article 5 § 1 de la Convention.

4. Les requêtes ont été attribuées à la quatrième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour). Le 21 septembre 2010, celle-ci a décidé de joindre les requêtes et de les communiquer au Gouvernement. Elle a en outre décidé de se prononcer en même temps sur la recevabilité et le fond des griefs (article 29 § 1 de la Convention). Le 12 avril 2011, la chambre a décidé de se dessaisir en faveur de la Grande Chambre.

5. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 27 §§ 2 et 3 de la Convention et 24 du règlement.

6. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur la recevabilité et le fond des requêtes.

7. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 14 septembre 2011 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– pour le Gouvernement

MM. J. Grainger,	<i>agent,</i>
D. Pannick QC,	<i>conseils,</i>
J. Segan,	<i>conseillers;</i>
C. Papaleontiou,	
M ^{me} M. Purdasy,	

– pour les requérants

M. B. Emmerson QC,	
M ^{mes} P. Kaufmann QC,	
A. Macdonald,	
M. I. Steele,	<i>conseils,</i>
M ^{me} K. Craig,	
MM. J. Halford,	
J. Welch,	<i>conseillers,</i>
M ^{me} L.A. Austin,	
M. G. Black,	
M ^{me} B. Lowenthal,	<i>requérants.</i>

La Cour a entendu en leurs déclarations M. Pannick, M^{me} Kaufmann et M. Emmerson.

EN FAIT

8. La première requérante est née en 1969 et réside à Basildon ; le deuxième requérant est né en 1949 et vit à Londres ; la troisième requérante est née en 1972 et habite à Londres ; le quatrième requérant est né en 1963 et réside à Wembley.

9. Les faits de la cause peuvent se résumer comme suit.

LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

A. Les récits des requérants concernant ce qu'ils ont vécu le 1^{er} mai 2001

10. Le 1^{er} mai 2001, lors d'une manifestation dans le centre de Londres, les requérants furent retenus à l'intérieur d'un cordon de police à Oxford Circus (au croisement de Regent Street et d'Oxford Street).

11. La première requérante, M^{me} Austin, est membre du parti socialiste. Elle avait déjà participé à de nombreuses manifestations, notamment à l'occasion de précédentes fêtes du travail. Le 1^{er} mai 2001, elle laissa sa fille de onze mois à la crèche, prévoyant d'aller la rechercher à 16 h 30, et se rendit du comté d'Essex au centre de Londres avec son partenaire. Tous deux participèrent à un rassemblement antimondialisation devant le bâtiment de la Banque mondiale, avant de se rendre à pied avec d'autres manifestants à Oxford Circus, où ils arrivèrent vers 14 heures. Vers 15 h 45, M^{me} Austin voulut quitter la manifestation pour aller chercher sa fille à la crèche. Elle expliqua sa situation à deux des policiers qui formaient le cordon, mais s'entendit répondre qu'elle ne pouvait pas partir et qu'il était impossible de prévoir combien de temps elle devrait rester sur place. M^{me} Austin prit des dispositions pour qu'une amie aille chercher son enfant à la crèche. Elle fut finalement autorisée à partir vers 21 h 30.

12. Ce même 1^{er} mai 2001, entre 14 heures et 14 h 30, le deuxième requérant tenta de traverser Oxford Circus pour se rendre dans une librairie située dans Oxford Street. Un policier le prévint qu'il était impossible de descendre Oxford Street, barrée par une foule de manifestants qui s'approchait, et lui conseilla de prendre Margaret Street, une rue parallèle au nord. Le requérant suivit ce conseil mais, entre Margaret Street et Regent Street, il se heurta à un mur de policiers antiémeutes équipés de boucliers et de casques qui se dirigeaient vers le sud. Le requérant fut contraint de

s'engager dans Oxford Circus vers 14 h 30. Il demanda immédiatement à quitter le cordon et fut informé que les non-manifestants pouvaient partir par le côté d'Oxford Circus qui donnait sur Bond Street mais, lorsqu'il s'y rendit, on lui dit qu'il n'y avait pas d'issue. Il ne put sortir du cordon qu'à 21 h 20.

13. La troisième requérante n'avait aucun rapport avec la manifestation. Elle travaillait non loin d'Oxford Circus et prenait sa pause-déjeuner lorsque, à 14 h 10, une rangée de policiers qui barrait la rue l'empêcha de retourner sur son lieu de travail. Elle fit demi-tour et tenta de prendre une autre direction mais s'aperçut que cette voie aussi était à présent bloquée par des policiers, qui commencèrent à avancer dans sa direction. La requérante fut retenue à l'intérieur du cordon à Oxford Circus jusqu'à 21 h 35. Comme d'autres personnes, elle demanda à plusieurs reprises à quitter le cordon, mais les policiers auxquels elle s'adressa lui expliquèrent qu'ils avaient ordre de n'autoriser personne à passer.

14. Le quatrième requérant travaillait également près d'Oxford Circus et il fut lui aussi pris dans le cordon alors qu'il traversait le carrefour pendant sa pause-déjeuner. Il put partir vers 20 heures.

B. Les procédures internes

1. *La High Court*

15. A la suite des événements du 1^{er} mai 2001, quelque 150 personnes qui avaient été retenues à Oxford Circus prirent contact avec plusieurs cabinets de *solicitors* dans l'intention d'engager des procédures. Les divers requérants potentiels, leurs représentants légaux et les représentants de la police métropolitaine entrèrent en relation afin de trouver un moyen de traiter les demandes efficacement. Il fut convenu que la première requérante et M. Geoffrey Saxby, un passant pris dans le cordon, serviraient de demandeurs «pilotes». Tous deux saisirent la *High Court* d'une demande de dommages-intérêts pour séquestration et, sur le fondement de la loi sur les droits de l'homme de 1998, pour violation du droit à la liberté garanti par l'article 5 de la Convention. Au départ, la première requérante évoqua également une atteinte à ses droits à la liberté d'expression et de réunion résultant des articles 10 et 11 de la Convention, mais elle ne donna finalement pas suite à ces griefs. La police métropolitaine s'engagea auprès des représentants légaux des autres demandeurs (y compris les deuxième, troisième et quatrième requérants) à ne pas soulever la forclusion si ceux-ci décidaient d'introduire des actions devant les juridictions internes après la décision sur l'affaire pilote.

a) Les faits tels qu'établis par le juge Tugendhat

16. Le procès devant la *High Court*, présidée par le juge Tugendhat, dura trois semaines, dont six jours consacrés à l'audition des témoins. Le juge entendit dix-huit témoins et deux experts, examina les dépositions de 138 autres témoins ainsi que des milliers de pages de documents et visionna des films vidéo enregistrés au moyen de caméscopes et de caméras de surveillance ou depuis les hélicoptères de la police. Dans son jugement du 23 mars 2005 ([2005] EWHC 480 (QB)), il consacra 500 paragraphes à son appréciation des preuves et à ses constatations de fait. Celles-ci peuvent se résumer comme suit.

17. Les 18 juin et 30 novembre 1999 ainsi que le 1^{er} mai 2000, Londres avait été le théâtre de très graves troubles à l'ordre public qui, selon la police, étaient susceptibles de se reproduire le 1^{er} mai 2001. Les manifestations organisées à ces trois dates avaient pour thème la contestation du système capitaliste et de la mondialisation. Les organisateurs de l'événement du 18 juin 1999 avaient refusé de coopérer avec la police et avaient diffusé des documents similaires à ceux distribués par les organisateurs de la manifestation du 1^{er} mai 2001. L'après-midi du 18 juin 1999, une foule de 3 000 à 5 000 personnes, qui portaient des masques, avaient causé pour deux millions de livres sterling de dommages matériels ainsi que des dommages corporels à des particuliers et des policiers, dont onze avaient dû être emmenés à l'hôpital. A la même époque, des manifestations sur les mêmes sujets avaient également donné lieu à de graves atteintes à l'ordre public dans d'autres pays, notamment à Seattle le 30 novembre 1999 (lors d'une réunion de l'Organisation mondiale du commerce), à Washington DC le 16 avril 2000 (à l'occasion d'une réunion du Fonds monétaire international), à Melbourne du 11 au 13 septembre 2000 (lors d'un sommet Asie-Pacifique du Forum économique mondial), à Prague le 26 septembre 2000 (à l'occasion d'une autre réunion du Fonds monétaire international) et à Québec le 22 avril 2001 (lors d'une réunion du Sommet des Amériques). Au moment de planifier les opérations pour le 1^{er} mai 2001, il avait été tenu compte des enseignements tirés de ces manifestations et d'autres manifestations antérieures, organisées notamment à Londres, et des recommandations qui avaient été formulées à la suite de ces différents événements.

18. Pour le 1^{er} mai 2001, la police avait été avertie que deux événements, à savoir un défilé organisé par les syndicats pour la fête du travail et une manifestation des jeunes étudiants socialistes, devaient se dérouler dans plusieurs endroits à Londres. En outre, les renseignements dont elle disposait indiquaient que des militants issus d'une large coalition de

groupements écologistes, anarchistes et d'extrême gauche avaient l'intention d'organiser diverses manifestations dans vingt-quatre endroits de Londres correspondant aux cases du jeu de Monopoly. La journée devait se clôturer par un rassemblement à Oxford Circus à 16 heures. Les organisateurs de ce «Monopoly de la fête du travail» (*May Day Monopoly*) n'avaient pas pris contact avec la police ni demandé d'autorisation pour les manifestations, et ils avaient tout fait pour garder le secret sur les lieux et la nature des divers événements. Les participants étaient directement et indirectement encouragés à porter des masques et à se livrer au pillage et à la violence (jugement du juge Tugendhat, §§ 206-225). D'après les renseignements dont disposait la section spéciale de la police (*Police Special Branch*), on pouvait s'attendre à «un noyau dur de 500 à 1 000 manifestants résolus à chercher la confrontation et la violence, et à occasionner des troubles à l'ordre public». Selon la section spéciale, cette manifestation représentait l'une des pires menaces pour l'ordre public que Londres eût jamais connues, et il existait un risque réel de dommages corporels graves, voire mortels, et d'atteintes aux biens si la police ne parvenait pas à contrôler effectivement la foule. Le danger concernait aussi bien la population ordinaire que les policiers et les manifestants. Le 24 avril 2001, le maire de Londres avait publié dans le principal journal du soir londonien un article dans lequel il dénonçait les visées destructrices des organisateurs de cette manifestation et appelait tous les Londoniens à s'en tenir à l'écart. Des avertissements similaires étaient parus dans plusieurs autres journaux en mars et avril 2001.

19. Le plan de la police pour le jour J prévoyait, outre l'intervention de la police montée, le déploiement de près de 6 000 policiers à pied portant des gilets de signalement. C'était pratiquement le plus grand dispositif policier jamais déployé à Londres jusque-là. Les fonctionnaires de police mobilisés pour maintenir l'ordre pendant cette journée étaient les plus expérimentés d'Angleterre. Etant donné que la journée devait s'achever par un rassemblement à 16 heures à Oxford Circus, un système de haut-parleurs y avait été installé. L'opération de police avait pour objectifs stratégiques déclarés de rassurer le public et garantir sa sécurité, permettre et contrôler toute contestation légitime, prévenir les troubles à l'ordre public et protéger des bâtiments clés tels que Buckingham Palace et le Parlement, prévenir les infractions et prendre toutes mesures raisonnables pour appréhender les éventuels délinquants, et, de manière générale, limiter les perturbations dans toute la mesure du possible. Toutefois, la police ne savait pas vraiment à quoi s'attendre ni comment réagir aux éventuels débordements.

20. Le matin du 1^{er} mai 2001, plusieurs manifestations de taille réduite se déroulèrent à travers Londres. Vers 13 heures, des manifestants commencèrent à se rassembler devant les bureaux de la Banque mondiale,

dans la rue Haymarket. Ils se dirigèrent vers Piccadilly Circus, puis remontèrent Regent Street en direction d’Oxford Circus. Vers 14 heures, selon les estimations, plus de 1 500 personnes étaient réunies à Oxford Circus, et la foule grossissait régulièrement. Un certain nombre de personnes dans Regent Street portaient des masques. D’après les services de renseignement de la police, le rassemblement à Oxford Circus devait avoir lieu à 16 heures, et l’ampleur de la foule déjà présente deux heures avant prit au dépourvu les policiers, qui se retrouvèrent en nombre insuffisant dans le secteur pour endiguer le flot des manifestants.

21. Vers 14 heures, la police décida de mettre en place un cordon pour contenir la foule. La décision fut prise sur la base des informations disponibles, selon lesquelles 500 à 1 000 individus potentiellement violents devaient prendre part aux manifestations du 1^{er} mai, et de l’expérience tirée de manifestations antérieures analogues, et non au vu du comportement de la foule jusque-là. Elle résultait d’un exercice délibéré des pouvoirs de *common law* accordés à la police pour prévenir des troubles à l’ordre public. Une fois la décision prise, il fallut environ 10 minutes pour mettre en place un cordon lâche et, après l’arrivée de renforts, 20 à 25 minutes pour établir un cordon intégral. Il y avait suffisamment d’espace à l’intérieur du cordon pour que les personnes pussent se déplacer, et il n’y eut pas de bousculades. Cependant, à mesure que l’après-midi avançait, les conditions devinrent pénibles. C’était une journée froide et humide. Les personnes enfermées ne disposaient ni d’eau ni de nourriture, elles n’avaient pas accès à des toilettes et ne pouvaient s’abriter nulle part.

22. Aucune annonce n’avait accompagné la mise en place du cordon, les policiers craignant que celui-ci ne fût pas assez solide pour résister à un effort concerté de la foule pour forcer le passage. Ce n’est qu’à 16 heures que l’on expliqua par haut-parleurs aux personnes à l’intérieur du cordon que leur confinement avait pour but d’éviter des troubles à l’ordre public. Le commandant des forces de police admit par la suite, lors de sa déposition devant les juridictions internes, que cette annonce aurait pu avoir lieu plus tôt, peut-être vers 15 h 15 ou 15 h 30.

23. A 14 h 25, cinq minutes après la mise en place du cordon intégral, le *Chief Superintendent* (commissaire divisionnaire) qui commandait les opérations envisagea de débuter au nord de Regent Street une évacuation contrôlée des personnes à l’intérieur du cordon. Toutefois, la dispersion dut être reportée lorsque des manifestants à l’intérieur et à l’extérieur du cordon se mirent à lancer des projectiles et à faire preuve de violence envers la police et que la foule tenta de forcer le cordon à hauteur de Regent Street. A 14 h 55, une dispersion vers le nord fut de nouveau programmée, puis suspendue en raison de violences émanant de manifestants de chaque côté du

cordon. A ce moment-là, d'autres personnes commencèrent à se diriger vers Oxford Circus pour prendre part à l'événement programmé pour 16 heures. Un état de la situation dressé par la police vers 15 h 40 indiquait que des policiers étaient pris en sandwich entre plusieurs rassemblements et devaient faire face à des bousculades et des jets de bouteilles. A 16 h 30, une foule de 400 à 500 personnes qui suivait un groupe de samba passa à proximité du cordon, rendant ainsi la dispersion vers Oxford Street difficile. La situation fut réexaminée à 16 h 55, mais une libération collective fut exclue en raison du risque de violences et de débordements. A 17 h 15, Oxford Street fut le théâtre de troubles graves causés par un noyau de 25 manifestants masqués, qui attirèrent une foule de plusieurs centaines de personnes. A 17 h 20, les personnes à l'intérieur du cordon étaient calmes mais la police hésita à lancer une opération d'évacuation collective en raison de la présence dans le voisinage d'autres regroupements importants et indisciplinés.

24. A 17 h 55, la police décida d'évacuer les personnes à l'intérieur du cordon. Toutefois, les violences reprirent parmi la foule et, à 18 h 15, l'ordre d'évacuation fut annulé. A 19 heures, l'opération de dispersion débuta, et des petits groupes et des individus furent conduits sous escorte loin du cordon. Toutefois, vers 19 h 20, le processus fut arrêté en raison de difficultés à contrôler les personnes rassemblées en dehors du cordon, dont certaines lançaient de gros pavés et des projectiles enflammés sur les policiers, et parce que les manifestants qui étaient sortis du cordon demeuraient dans le voisinage. A 19 h 30, le processus d'évacuation collective reprit, après l'arrivée de renforts pour accompagner les personnes évacuées hors du cordon. Toutefois, la dispersion fut bientôt de nouveau stoppée lorsqu'il s'avéra que les personnes qui étaient libérées se joignaient à un autre rassemblement important, qui avait précédemment fait preuve de violence, vers le nord dans Great Portland Street. A 20 heures, Portland Place était déserte et la dispersion collective de la foule retenue à Oxford Circus fut reprise, par groupes de dix personnes. A 21 h 45, l'opération était pratiquement terminée. Plus d'une centaine de personnes furent arrêtées à l'issue des troubles à Oxford Circus et dans les alentours. Dans le cadre de la procédure de libération collective, les personnes libérées, ou tout au moins certaines d'entre elles, furent fouillées et photographiées, et leurs noms et adresses enregistrés.

25. Selon les estimations de la police, il y avait eu au maximum 2 000 personnes à l'intérieur du cordon, et 1 000 dans les rassemblements à l'extérieur de celui-ci. Il se dégageait des documents et films vidéo produits à l'audience que quelque 392 personnes avaient été libérées individuellement au cours de l'après-midi du 1^{er} mai 2001. Il fut admis que ce chiffre n'était probablement pas exact mais, selon les mots du juge Tugendhat, le nombre

des libérations individuelles était vraisemblablement « plus proche de 400 que de 200 ». La plupart de ces libérations s'effectuèrent par les côtés nord et sud d'Oxford Circus, très peu de personnes étant évacuées par l'est ou l'ouest. La plupart des libérations enregistrées eurent lieu avant 16 heures ; 12 se produisirent entre 16 heures et 17 heures, 89 entre 17 heures et 18 heures, 59 entre 18 heures et 19 heures et 12 après 19 heures. Les policiers eurent du mal à déterminer les individus qui ne représentaient aucune menace de violence et qu'ils pouvaient donc relâcher individuellement. D'après les rapports de police, certains d'entre eux étaient de simples passants pris dans la manifestation. D'autres furent décrits comme étant des personnes en situation de détresse physique, des femmes enceintes, des personnes âgées ou des enfants.

b) **Les conclusions du juge Tugendhat**

26. Le juge conclut que, eu égard aux violences qui avaient émaillé de précédentes manifestations, aux informations disponibles, au manque de coopération des organisateurs et au comportement de certains des manifestants, la police avait eu des motifs raisonnables de croire à l'existence d'un risque réel qu'il y eût des dommages matériels et que des personnes fussent gravement blessées ou même tuées. Les dangers principaux étaient ceux d'éventuels piétinements ou bousculades, mais il y avait aussi le risque de jets de projectiles. Vu la situation à Oxford Circus, la police, pour prévenir les violences et les dommages corporels, n'avait eu d'autre solution à 14 heures que d'imposer un cordon intégral, et ce choix avait dès lors constitué une réaction proportionnée de la police à la présence de la foule. La mesure de confinement avait visé principalement à assurer la sécurité des personnes – y compris de celles qui se trouvaient à l'intérieur du cordon –, la préservation des biens dans Oxford Street et la protection d'autres droits des tiers. La police avait également eu l'intention d'isoler certaines personnes, le cas échéant en les soumettant à un interrogatoire ou à une fouille.

27. A partir de 14 h 20, personne à l'intérieur du cordon n'avait plus eu la possibilité de partir sans autorisation. La mesure litigieuse avait ainsi consisté en un strict confinement, avec une liberté de mouvement minimale dans le carrefour d'Oxford Circus, et ses conséquences avaient été sérieuses, la pénibilité de la situation ayant augmenté au fil du temps, mais la police n'avait jamais imaginé que la mesure durerait aussi longtemps et elle avait en permanence évalué la possibilité de libérer la foule en toute sécurité.

28. La police n'avait eu en pratique aucune possibilité de procéder à une dispersion collective plus tôt qu'elle ne l'avait fait. À certains moments, les issues d'évacuation s'étaient trouvées bloquées par d'autres rassemblements qui tentaient d'accéder à Oxford Circus. Il n'aurait pas été raisonnable ou

sûr de permettre à ces groupes de se rassembler en dehors de tout contrôle. En outre, il y avait eu de longues périodes pendant lesquelles la police n'avait pas disposé des effectifs nécessaires pour assurer la dispersion de la foule en toute sécurité, et rien ne donnait à croire que le préfet de police du Grand Londres (*Commissioner of the Metropolitan Police*) aurait pu ou dû mettre plus de policiers dans les rues ce jour-là. L'une des raisons expliquant l'insuffisance des effectifs avait été le refus d'une part non négligeable de la foule de coopérer avec les policiers formant le cordon. A tout moment, environ 40 % des manifestants s'étaient montrés ouvertement hostiles, provoquant des bousculades, jetant des projectiles ou refusant d'une manière ou d'une autre de coopérer. Les personnes s'étant abstenues de tels actes ne s'étaient pas pour autant dissociées de cette minorité active. Le cordon avait ainsi dû être maintenu par un nombre suffisant de policiers pour pouvoir résister à une poussée concertée de ces personnes en vue de forcer le passage. Une foule coopérative aurait pu être contenue avec moins de policiers, ce qui aurait permis de consacrer une partie des effectifs à l'encadrement de la dispersion. La seconde raison expliquant l'insuffisance des effectifs avait tenu au rejet de l'autorité ou des instructions de la police par d'autres groupes de personnes à l'extérieur du cordon. Les policiers avaient fait de leur mieux dans des circonstances extrêmement difficiles. Les effectifs qui étaient indispensables pour procéder à l'évacuation de la foule à Oxford Circus avaient par nécessité et de façon appropriée été déployés ailleurs. Il n'en résultait pas que les policiers auraient dû laisser la foule confinée à Oxford Circus se disperser en l'absence de tout contrôle. Pareille démarche aurait équivaut, pour la police, à nier son obligation de prévenir les troubles à l'ordre public, son devoir de diligence ainsi que son obligation positive de protéger les manifestants et les tiers – y compris les policiers eux-mêmes – d'un risque de blessures graves, et de préserver les biens d'autrui.

29. Eu égard aux conditions régnant à Oxford Circus, et en particulier aux difficultés pour la police de distinguer entre les individus pacifiques et les personnes violentes ou potentiellement violentes à l'intérieur du cordon, toute politique d'évacuation autre que celle qui avait été suivie se serait avérée irréalisable. Une fois le cordon en place, tout processus de dispersion contrôlée ne pouvait que prendre beaucoup de temps avant l'évacuation complète de la foule. Il était impossible de dire combien de temps aurait pris l'opération sans les fouilles ou la collecte d'éléments de preuve, mais dans tous les cas ce n'était pas une affaire de vingt minutes. Dès lors qu'il avait été jugé utile d'accompagner le processus d'évacuation de fouilles et d'une collecte d'éléments de preuve, il était normal que l'opération se fût étendue sur la durée qui avait été nécessaire à partir de sa reprise à 19 h 30, à savoir au moins une heure ou deux.

30. Quant à l'allégation de séquestration, le juge Tugendhat estima que la police avait pu à bon droit invoquer l'excuse de nécessité.

31. Concernant les griefs tirés de l'article 5 de la Convention, le juge conclut que le confinement à l'intérieur du cordon s'analysait en une privation de liberté au sens de l'article 5 § 1. Tout en estimant que l'intention n'avait jamais été d'attraire devant un magistrat toutes les personnes enfermées à l'intérieur du cordon à Oxford Circus, il jugea que la mesure avait eu pour but de maîtriser la foule de sorte que la police pût appréhender et traduire en justice toutes les personnes dont on pouvait raisonnablement considérer qu'elles avaient commis des infractions et celles dont l'arrestation s'était avérée nécessaire pour les empêcher de commettre des infractions; à son sens, cela suffisait à répondre aux exigences de l'article 5 § 1 c).

32. De plus, le juge Tugendhat estima qu'eu égard aux circonstances inhabituelles de l'affaire, il n'y avait pas eu d'atteinte aux droits à la liberté d'expression et à la liberté de réunion. Il constata qu'aucun des témoins n'avait pu expliquer quel était le but du défilé vers Oxford Circus ou ce qui aurait dû se produire là-bas, ou ailleurs, si le cordon policier n'avait pas été mis en place. Il considéra que les documents diffusés à l'avance par les organisateurs avaient visé à encourager au moins une minorité importante des personnes présentes à se livrer d'une manière ou d'une autre à des débordements et activités répréhensibles, dont probablement des infractions à l'ordre public telles que provocations de rixes, atteintes aux biens et vols. Il conclut que sans le cordon il aurait été en pratique impossible à quiconque, dans ce contexte perturbé, de manifester en toute légalité. Il estima en outre que rien ne démontrait qu'il se fût trouvé à Oxford Circus des personnes qui auraient eu l'intention d'exercer leur droit à la liberté d'expression et qui se seraient heurtées à l'impossibilité de le faire en pratique. Le juge Tugendhat conclut donc que l'affaire concernait non pas la liberté d'expression ou la liberté de réunion, mais l'ordre public et le droit à la liberté, et il rejeta l'ensemble des griefs des demandeurs.

2. La Cour d'appel

33. Le juge Tugendhat autorisa M^{me} Austin et M. Saxby à interjeter appel contre ses conclusions relatives à l'allégation de séquestration et au grief tiré de l'article 5 de la Convention. Par un arrêt qu'elle rendit le 15 octobre 2007 ([2007] EWCA Civ 989), la Cour d'appel débouta les intéressés.

34. Concernant l'allégation de séquestration, la Cour d'appel estima que pour prévenir un risque de troubles à l'ordre public par autrui, la police pouvait à bon droit prendre des mesures entravant ou restreignant l'exercice légal de leurs droits par des tiers innocents, sous réserve qu'elle eût d'abord recouru à tous les autres moyens possibles pour éviter des troubles à

l'ordre public et protéger les droits d'autrui, et que les mesures prises fussent raisonnablement nécessaires et proportionnées. Appliquant ce critère en l'espèce, elle estima que, dans les circonstances de la manifestation à Oxford Circus, le confinement de M^{me} Austin avait été légitime car nécessaire pour prévenir un trouble imminent à l'ordre public par autrui.

35. Quant au grief fondé sur l'article 5, la Cour d'appel conclut que la détention litigieuse ne s'analysait pas en une privation de liberté. Le *Master of the Rolls*, Sir Anthony Clarke, qui rendit l'arrêt de la Cour d'appel, formula les considérations suivantes :

« 102. (...) [I]l faut tout d'abord déterminer si les appellants ont dès le départ subi une privation de liberté. Pour nous, il est évident que non. La situation à ce moment-là ne se distinguait pas radicalement, en termes de détention, de plusieurs autres situations d'enfermement ou d'emprisonnement évoquées par le juge de première instance qui ne seraient pas considérées comme des privations de liberté au sens de l'article 5 § 1. Un match de football fournit peut-être un bon exemple. Il est en effet courant que les spectateurs soient retenus pendant un intervalle de temps qui peut se prolonger, en partie pour leur propre protection, en partie (dans certains cas) pour éviter des actes de violence, par exemple des affrontements entre supporters de camps opposés (...) On peut citer d'autres exemples (...) notamment des situations où des automobilistes se retrouvent dans l'impossibilité, quelquefois pendant plusieurs heures, de quitter une autoroute en conséquence d'une intervention de la police à la suite d'un accident de la circulation. En pareil cas, il peut être nécessaire que la police oblige des particuliers à rester dans certains endroits pendant une période plus longue que ce qui était prévu au départ.

103. A notre avis, il s'agissait clairement en l'espèce d'une situation de ce type. D'après les constatations factuelles du juge de première instance, la police n'avait pas d'autre choix que de mettre en place le cordon, ce qu'elle a fait. Elle avait prévu une dispersion organisée sur deux ou trois heures afin d'éviter les violences. Le juge a exposé les divers objectifs de la mesure, qui comprenaient la sécurité et la prévention d'infractions pénales par certains manifestants, dont beaucoup ne purent être identifiés. Dans ces conditions, nous estimons que la mise en place initiale du cordon ne peut raisonnablement passer pour avoir constitué une détention arbitraire que les autorités de Strasbourg qualifieraient de privation de liberté au sens de l'article 5 § 1. Pour ces raisons, nous estimons que le juge a commis une erreur de principe lorsqu'il a conclu que les appellants avaient été détenus irrégulièrement à partir de 14 h 20.

104. Cela posé, il nous incombe d'examiner à nouveau la question qui reste à trancher : celle de savoir si les intéressés ont été irrégulièrement détenus par la suite. Pour nous, la réponse à cette question est « non ». Ainsi, par exemple, (...) à plusieurs reprises dans l'après-midi, la police donna l'ordre de commencer une évacuation contrôlée, pour estimer ensuite que le processus ne pouvait être mené à bien (...) Par trois fois, la décision de disperser la foule vers le nord dut être réexaminée ou suspendue en raison du comportement de manifestants à l'intérieur ou à l'extérieur de la zone de rétention, ce qui explique que la phase finale de l'évacuation ne put commencer qu'à 20 h 02 (...) Pendant toute cette période, les violences furent très nombreuses, même

si, il faut le souligner, les appellants n'y étaient pour rien (...) Comme l'a conclu le juge de première instance (...) il ne s'agissait pas juste d'une foule statique de manifestants à Oxford Circus encadrée par la police et retenue sur place pendant sept heures. Il y avait une situation dynamique, chaotique et confuse, qui impliquait également, aux alentours du cordon, un grand nombre d'autres contestataires qui posaient de graves menaces à l'ordre public et représentaient un risque pour les policiers qui formaient le cordon et ceux qui se trouvaient à l'intérieur.

105. Dans ces conditions, on ne saurait raisonnablement considérer qu'une situation qui, à l'origine, n'avait pas les caractéristiques d'une privation de liberté s'est à un certain point transformée en une privation de liberté au sens de l'article 5 § 1 de la Convention. Partant, contrairement au juge de première instance, nous concluons que, compte tenu de l'ensemble des circonstances pertinentes, il n'y a pas eu privation de liberté arbitraire au sens de la Convention. »

3. La Chambre des lords

36. M^{me} Austin, comme M. Saxby, fut autorisée à saisir la Chambre des lords quant aux questions relevant de l'article 5 § 1 de la Convention. La haute juridiction examina l'affaire les 24 et 25 novembre 2008. Le 28 janvier 2009, elle rendit un arrêt unanime par lequel elle rejettait le recours au motif que, la première requérante n'ayant pas été privée de sa liberté, l'article 5 § 1 ne trouvait pas à s'appliquer ([2009] UKHL 5).

37. Lord Hope of Craighead, avec lequel l'ensemble des autres Lords marquèrent leur accord, précisa comme suit son interprétation de la notion de « privation de liberté » :

« 23. L'application de l'article 5 § 1 aux mesures de contrôle des foules est une question sur laquelle, semble-t-il, la Cour de Strasbourg n'a encore jamais été amenée à se prononcer. Aussi n'existe-t-il pas de lignes directrices précises pour déterminer si l'article 5 § 1 est mis en jeu lorsque la police restreint les déplacements d'individus dans l'unique but d'éviter des atteintes aux personnes ou aux biens. La nécessité d'adopter de telles mesures dans l'intérêt général n'est cependant pas nouvelle. Pareilles mesures s'avèrent par exemple souvent indispensables lors de matches de football pour garantir que les supporters des deux camps n'en viennent pas à des situations d'affrontement pouvant conduire à la violence. Des restrictions à la liberté de mouvement peuvent également être imposées par la police à des automobilistes dans l'intérêt de la sécurité routière après un accident sur une autoroute, ou pour empêcher des riverains de s'approcher trop près d'un incendie ou de la scène d'un acte terroriste. On remarquera que jusqu'à présent nul n'a jamais prétendu que pareilles restrictions, quand elles sont proportionnées et dénuées d'arbitraire, soient contraires à l'article 5 § 1.

24. On peut estimer que, comparativement aux exemples que je viens de mentionner, les restrictions étant résultées du cordon de police imposé en l'espèce étaient d'un degré et d'une intensité supérieurs. Mais Lord Pannick QC a soutenu au nom de la défense que l'on ne pouvait raisonnablement ignorer le but de la mesure restrictive ou les circonstances dans lesquelles elle avait été prise. Selon lui, l'idée même

de détention n'avait effleuré personne, et on n'aurait jamais parlé de privation de liberté si le cordon n'était resté en place qu'une vingtaine de minutes. Le fait que ce cordon eût été maintenu pendant un intervalle beaucoup plus long ne devrait à son sens faire aucune différence, l'impossibilité de libérer quiconque du cordon plus tôt ayant tenu à des circonstances indépendantes de la volonté de la police. Pour déterminer si en l'espèce la mesure prise tombait sous l'empire de l'article 5 § 1, il faudrait se livrer à un exercice de mise en balance entre les droits de l'individu et les intérêts de la société. Il conviendrait certes de tenir pleinement compte du fait que l'article 5 consacre un droit fondamental d'importance cruciale, mais l'impossibilité de justifier une atteinte à ce droit en dehors des cas énumérés aux alinéas a) à f) ne ferait que souligner la nécessité de définir soigneusement les limites de son champ d'application.

25. M^e Williams QC a au contraire soutenu pour le compte de l'appelante que le but de la mesure est sans pertinence. Selon elle, le caractère nécessaire et proportionné de la réponse est certes une condition préalable pour établir la légalité de la mesure aux fins des alinéas a) à f) de l'article 5 § 1, mais cela n'irait pas plus loin. Il n'y aurait aucune mise en balance à faire s'agissant d'examiner la question initiale de l'applicabilité de l'article 5 § 1 aux mesures adoptées par la police. Le but de la mesure et l'exercice de mise en balance seraient des questions à rattacher à l'examen des cas énumérés aux alinéas a) à f).

Le but doit-il être pris en compte?

26. Bien entendu, dans chaque espèce la décision sur la question de savoir s'il y a eu privation de liberté dépend grandement des faits de la cause. Les décisions sur l'application de l'article 5 entièrement dictées par les faits ne sont pas d'une grande utilité. Celles, en revanche, qui peuvent passer pour illustrer des questions de principe présentent un intérêt. En l'espèce, on peut tirer des enseignements de certaines de ces décisions pour déterminer dans quelle mesure il convient de prendre en compte le but ou l'objectif de la mesure en question lorsqu'on examine si celle-ci tombe ou non sous l'empire de l'article 5 § 1.

27. Si le but est un élément à prendre en considération, ce doit être pour permettre la mise en balance de ce que la mesure cherche à atteindre et des intérêts de la personne concernée. L'idée qu'une mise en balance devrait intervenir au stade initial, lorsque l'applicabilité de l'article 5 § 1 est examinée, ne ressort en aucune façon des affaires *Engel c. Pays-Bas* (n° 1) ([1976] 1 EHRR 647) ou *Guzzardi c. Italie* ([1980] 3 EHRR 333) et elle ne peut aucunement être fondée sur le libellé de la disposition elle-même. Mais je pense qu'il existe par ailleurs dans la jurisprudence de la Cour suffisamment d'éléments indiquant que la question de la mise en balance est inhérente aux notions consacrées par la Convention, et que ces éléments ont un rôle à jouer lorsqu'il s'agit d'examiner la portée des droits fondamentaux les plus importants qui protègent la sécurité physique de l'individu.»

Lord Hope passa ensuite en revue un certain nombre d'arrêts et de décisions de la Cour et de la Commission, notamment *X c. République fédérale d'Allemagne*, n° 8819/79, décision de la Commission du 19 mars 1981, Décisions et rapports (DR) 24, p. 158; *Guenat c. Suisse*, n° 24722/94,

décision de la Commission du 10 avril 1995, DR 81-B, p. 130 ; *H.M. c. Suisse*, n° 39187/98, CEDH 2002-II ; *Nielsen c. Danemark*, 28 novembre 1988, série A n° 144 ; *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n° 161 ; *O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni* [GC], n° 15809/02 et 25624/02, CEDH 2007-III ; et *N. c. Royaume-Uni* [GC], n° 26565/05, CEDH 2008. Il formula les conclusions suivantes :

« 34. J'estime donc qu'il y a place, même dans le cas de droits fondamentaux pour l'application desquels aucune restriction ou limitation n'est autorisée par la Convention, pour une approche pragmatique prenant pleinement en compte toutes les circonstances. L'article 5 ne mentionne pas les intérêts de la sûreté publique ou la préservation de l'ordre public dans les situations justifiant d'éventuelles privations de liberté. Cela contraste nettement avec le paragraphe 2 de l'article 10, qui prévoit expressément que ces motifs peuvent venir nuancer le droit à la liberté d'expression. Mais l'importance qui doit être attachée, dans le contexte de l'article 5, aux mesures prises dans les intérêts de la sûreté publique ressort de l'article 2 de la Convention, puisque la vie des personnes prises dans les débordements d'une foule pourrait être menacée si la police se trouvait dans l'impossibilité d'adopter des mesures de contrôle. C'est là une situation où la recherche d'un juste équilibre est nécessaire pour que ces droits fondamentaux concurrents puissent se concilier. La portée qui est donnée à l'article 5 quant aux mesures de contrôle des foules doit, bien entendu, prendre en compte tant les droits de l'individu que les intérêts de la communauté. Ainsi, toute mesure doit être prise de bonne foi et doit être proportionnée à la situation qui l'a rendue nécessaire. Cela est essentiel pour préserver le principe fondamental voulant que toute action qui affecte le droit à la liberté d'une personne doit être dénuée d'arbitraire. Cela dit, lorsque ces conditions sont remplies, on peut conclure à bon droit que les mesures de contrôle des foules prises dans l'intérêt de la communauté n'enfreignent pas les droits reconnus par l'article 5 aux personnes composant la foule dont la liberté de mouvement est restreinte par ces mesures. »

Lord Neuberger of Abbotsbury estima également qu'il n'y avait pas eu privation de liberté. Il s'exprima comme suit :

« 58. La police a l'obligation de maintenir l'ordre en cas de risque d'émeutes et de prendre des mesures raisonnables pour prévenir des troubles graves à l'ordre public, en particulier lorsqu'il y a des risques de violence à l'égard des personnes et des biens. Dans certaines circonstances, une personne sensée vivant dans une démocratie moderne doit raisonnablement s'attendre à être retenue, ou au moins admettre qu'il était légitime pour la police de la retenir dans un espace limité. Ainsi, si une personne à l'esprit dérangé ou en état d'ivresse errait, un revolver à la main, dans un immeuble, il serait légitime et même souhaitable que la police prenne des mesures pour que les personnes dans le voisinage restent confinées à l'endroit où elles se trouvent, éventuellement pendant plusieurs heures, quand bien même elles devraient se retrouver à plusieurs dans une pièce exiguë. De manière analogue, face à des groupes de supporters d'équipes adverses lors d'un match de football, la police veille généralement, et à l'évidence à bon droit, à maintenir les deux groupes séparés afin d'éviter des violences et des débordements. Cela implique souvent d'enfermer l'un des groupes ou les deux

dans un espace relativement étroit pour une période non négligeable. De même, en cas d'accident sur une autoroute, il est monnaie courante, et là encore tout à fait normal, que la police oblige les conducteurs et passagers à demeurer dans leur véhicule à l'arrêt, souvent pendant plus d'une heure ou deux. Dans toutes ces situations, les mesures de confinement prises par la police visent à assurer la protection des individus qu'elles concernent et à prévenir les atteintes aux personnes et aux biens.

59. Je pense donc que dans le cas d'une manifestation aussi, particulièrement lorsqu'il y a des raisons de croire qu'elle donnera lieu à des troubles et des violences, on peut s'attendre, de la part de la police, et même quelquefois exiger d'elle, qu'elle prenne des mesures pour garantir que de tels troubles ou violences soient évités ou, du moins, réduits au minimum. Pareilles mesures peuvent souvent impliquer des restrictions à la liberté de mouvement de manifestants, et quelquefois de passants qui se retrouvent pris par hasard dans la manifestation. Dans certains cas, cela peut contraindre des personnes à demeurer confinées pendant quelque temps dans un espace relativement étroit.

60. En pareilles circonstances, il me semble irréaliste de prétendre que l'article 5 peut entrer en jeu, sous réserve – et c'est une réserve importante – que les actions de la police soient proportionnées et raisonnables, et que le niveau d'inconfort et la durée de la mesure de confinement soient limités au minimum nécessaire par rapport à l'objectif à atteindre, à savoir la prévention de violences et de troubles graves à l'ordre public.

61. L'avocate de l'appelante a défendu l'idée que, au moins pour certains des exemples susmentionnés, le consentement des personnes concernées à la mesure d'enfermement peut être présumé. Je ne suis pas certain que cette analyse soit satisfaisante, ne serait-ce que parce qu'elle ne peut s'appliquer aux cas de personnes qui informeraient la police qu'elles refusent d'être enfermées, à moins qu'il ne faille considérer que le consentement est involontaire ou tombe sous le coup d'une présomption irréfragable. Toutefois, si la présomption de consentement constitue une base appropriée pour justifier une mesure d'enfermement aux fins de l'article 5, alors il me semble que l'on pourrait justifier la mesure prise en l'espèce en disant que quiconque descend dans la rue, particulièrement lorsqu'il s'agit d'une manifestation impliquant un risque avéré de violences graves, doit passer pour avoir consenti à la possibilité d'être retenu par la police, si la mesure de rétention est un moyen raisonnable et proportionné de prévenir des troubles sérieux à l'ordre public et des violences graves.

62. Ainsi, en accord avec la Cour d'appel, je dirais que, à la lumière des constatations du juge de première instance telles que résumées au paragraphe [57] ci-dessus, les actions de la police en l'espèce n'ont donné lieu à aucune atteinte aux droits garantis à l'appelante par l'article 5. La caractéristique de la présente espèce qui peut engendrer des préoccupations particulières est la durée de la période de rétention, soit près de sept heures. Toutefois, étant donné que j'ai conclu qu'une mesure de confinement raisonnable et proportionnée, nécessaire pour prévenir de graves violences et troubles à l'ordre public, n'enfreint pas l'article 5, il me semble difficile d'admettre que le simple fait que la période de rétention a été anormalement longue puisse, en soi, transformer une situation qui sinon ne relèverait pas de l'article 5 en une situation tombant sous l'empire de cette disposition. Je pense que ce point de vue trouve un certain appui dans

les affaires où il a été jugé qu'une détention en prison n'échappe pas à l'article 5 par cela seul qu'elle a été de courte durée (voir, par exemple, *Novotka c. Slovaquie* – requête n° 47244/99, 4 novembre 2003) (...)

63. Comme indiqué ci-dessus, il me semble que l'intention de la police doit être prise en compte, particulièrement dans les affaires atypiques, telles que celle ici examinée, et lorsque cette intention ressort manifestement des circonstances extérieures. S'il apparaissait, par exemple, que la police avait maintenu le cordon, au-delà du temps nécessaire pour maîtriser la foule, en vue de sanctionner les manifestants à l'intérieur du cordon ou de leur «donner une leçon», cela donnerait lieu, à mon sens, à des considérations très différentes. Il y aurait alors selon moi une base solide pour analyser le maintien du cordon en une détention au sens de l'article 5. Cependant, ainsi qu'il ressort des constatations claires et minutieuses du juge de première instance, lesquelles, à juste titre, n'ont pas été contestées en appel, rien de tel ne peut être affirmé en l'espèce.

64. En outre, il convient de garder à l'esprit que – à mon avis du moins – s'il fallait voir dans la mesure prise en l'espèce une détention au sens de l'article 5, la police ne pourrait pas, eu égard au raisonnement développé par la Cour européenne dans l'affaire *Lawless c. Irlande* (n° 3) ([1961] 1 EHRR 15), justifier cette détention en invoquant les exceptions prévues aux alinéas b) et c) de l'article 5 § 1. Le fait que la mesure de confinement litigieuse ne pourrait se justifier au regard d'aucune des exceptions prévues aux alinéas a) à f) ne fait que me conforter dans l'idée que cette mesure ne peut tout simplement pas s'analyser en une détention au sens de l'article 5. Je trouverais très étrange que la police n'ait pas la possibilité d'agir comme elle l'a fait dans les circonstances de l'espèce sans contrevenir aux droits garantis par l'article 5 à ceux concernés par la mesure.»

Lord Carswell fit siennes les observations de Lord Hope, et Lord Scott of Foscote souscrivit à celles de Lord Hope et Lord Neuberger, soulignant que «le but de la mesure de confinement ou de restriction de mouvement et les intentions des personnes responsables de son imposition figur[ai]ent en très bonne place dans les circonstances à prendre en compte pour parvenir à la décision» sur la question de savoir s'il y avait eu ou non privation de liberté.

Lord Walker of Gestingthorpe souscrivit à l'avis de Lord Hope, mais ajouta dans une «note» les considérations suivantes :

«43. Aux paragraphes 26 et suivants de son avis, Lord Hope pose la question : «Le but doit-il être pris en compte?» Sa conclusion est formulée avec beaucoup de circonspection : il explique (au paragraphe 34) qu'il y a place, même dans le cas de droits fondamentaux, pour une approche pragmatique prenant pleinement en compte l'ensemble des circonstances. Je pense qu'il a raison de rester mesuré sur ce point. La Cour de Strasbourg a souvent précisé que toutes les circonstances peuvent être pertinentes pour la question de savoir s'il y a eu ou non privation de liberté (voir, par exemple, l'affaire *H.M. c. Suisse* ([2004] 38 EHRR 314, § 42) : (...)). Il est intéressant de noter que les éléments énumérés dans le passage susmentionné de l'affaire *H.M.*, aussi larges soient-ils, ne comprennent pas le but de la mesure.

44. Le but d'une mesure de confinement qui peut, de manière défendable, s'analyser en une privation de liberté est en général un élément pertinent, non pas pour déterminer si le seuil a été atteint, mais pour apprécier si le confinement peut se justifier au regard des alinéas a) à f) de l'article 5 § 1 (voir, par exemple, en ce qui concerne l'article 5 § 1 e), les affaires suivantes : *Nielsen c. Danemark* ([1988] 11 EHRR 175); *Litwa c. Pologne* ([2001] 33 EHRR 1267); *Wall c. Suède* (10 décembre 2002), décision sur la recevabilité, n° 41403/98 (...); *H.M. c. Suisse* (précité); *H.L. c. Royaume-Uni* ([2005] 40 EHRR 32); *Enborn c. Suède* ([2005] 41 EHRR 633); et *Storck c. Allemagne* ([2006] 43 EHRR 96)). Dans le cas d'une mesure de confinement valant privation de liberté et atteinte à la sûreté de la personne, les bonnes intentions ne sauraient compenser le manque de justification de la mesure au regard de l'une ou l'autre des exceptions énumérées à l'article 5 § 1, alinéas a) à f), qui doivent être interprétées strictement.

45. Beaucoup de ces affaires mettant en jeu l'article 5 § 1 e) soulèvent également des questions relatives au consentement exprès ou implicite (à l'admission dans un établissement psychiatrique ou dans un foyer pour personnes âgées). Il semble que l'on pourrait aujourd'hui remettre en cause certaines décisions anciennes, dans la mesure où elles mettent en avant les «droits parentaux» (en particulier l'arrêt *Nielsen*, où la Cour avait conclu par neuf voix contre sept que l'admission dans une unité psychiatrique d'un garçon de douze ans ne constituait pas une privation de liberté, en raison des «droits parentaux» de sa mère). L'arrêt *Storck* a, je pense, envoyé un message clair en faveur d'une approche différente de l'autonomie personnelle des jeunes gens (même si la malheureuse requérante dans cette affaire avait dix-huit ans au moment de sa prise de médicaments forcée dans une unité fermée d'une clinique à Brême, mesure qui lui valut l'octroi d'une somme exceptionnellement élevée pour dommage moral).

46. Je ressens également un certain malaise devant la décision sur la recevabilité de l'affaire *X c. Allemagne* rendue le 19 mars 1981 (requête n° 8119/79) : les commissariats de police peuvent être des endroits intimidants pour n'importe qui, en particulier pour les enfants, et il semble assez artificieux de dire que :

«(...) en la présente espèce [l'action de la police] ne visait pas à incarcérer les enfants mais simplement à s'informer sur la manière dont ils s'étaient approprié les objets trouvés en leur possession et sur les vols survenus précédemment dans l'établissement scolaire.»

47. Cela étant, je conclus cependant que la question essentielle à se poser en l'espèce est celle-ci : que faisaient les policiers à Oxford Circus le 1^{er} mai 2001 ? De quoi s'agissait-il ? La réponse est, ainsi que Lord Hope l'a expliqué dans son résumé exhaustif des conclusions incontestées du juge de première instance, que la police se livrait à un exercice inhabituellement difficile de contrôle d'une foule, en vue d'éviter des atteintes aux personnes et aux biens. Les policiers expérimentés qui menaient les opérations étaient déterminés à éviter une catastrophe analogue à celle qui s'était produite à Red Lion Square le 15 juin 1974. Leur but était de disperser la foule, et le fait que la réalisation de ce but ait pris beaucoup plus de temps que ce qu'ils pensaient a tenu à des circonstances indépendantes de leur volonté.»

EN DROIT

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

38. Les requérants se plaignent d'avoir été privés de leur liberté en violation de l'article 5 § 1 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:

- a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent;
- b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi;
- 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;
- d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente;
- e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond;
- f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. »

39. Le Gouvernement soutient qu'il n'y a pas eu privation de liberté et que l'article 5 § 1 ne trouve donc pas à s'appliquer. A titre subsidiaire, il affirme que si privation de liberté il y a eu elle était conforme aux alinéas b) et/ou c) de cette disposition.

A. Thèses des parties

1. *Le Gouvernement*

40. Le Gouvernement estime que la police n'a pas privé les requérants de leur liberté au sens de l'article 5 § 1. Il souligne que l'un des principes fondamentaux inhérents à la Convention commande de ménager un juste équilibre entre la préservation des intérêts de la communauté et la protection des droits des individus. La nécessité de rechercher pareil équilibre se retrouverait dans toute la jurisprudence de la Cour et elle devrait aussi être prise en compte pour l'établissement d'une privation de liberté. L'article 5 § 1 de la Convention, contrairement aux articles 8 à 11,

ne serait pas nuancé par une disposition prévoyant des motifs généraux de justification ; il importerait en conséquence de ne pas trop élargir la notion de « privation de liberté ».

41. Les principes applicables pour déterminer s'il y a eu privation de liberté auraient été dégagés par la Cour pour la première fois dans l'affaire *Engel et autres c. Pays-Bas* (8 juin 1976, §§ 58-59, série A n° 22), puis repris dans l'affaire *Guzzardi c. Italie* (6 novembre 1980, §§ 92-93, série A n° 39) et dans bien d'autres affaires ultérieures. Il ressortirait clairement de cette jurisprudence que la question de savoir s'il y a eu ou non privation de liberté doit être tranchée en fonction des faits particuliers de l'espèce. La durée de la mesure serait un facteur à prendre en compte, mais le fait qu'elle aurait été imposée pendant un laps de temps significatif ne suffirait pas en soi à en faire une privation de liberté, ainsi qu'il ressortirait des affaires concernant l'imposition de couvre-feux (*Raimondo c. Italie*, 22 février 1994, série A n° 281-A, et *Trijonis c. Lituanie*, n° 2333/02, 15 décembre 2005). Le but poursuivi par une mesure constituerait un facteur à prendre en considération et pourrait empêcher la Cour de conclure à une privation de liberté, même dans le cas d'un confinement physique dans un endroit particulier pendant une longue période ; l'affaire *Engel*, dans laquelle la Cour aurait estimé (§ 59) qu'il fallait tenir compte du contexte de la discipline militaire, illustrerait ce point. De même, dans les affaires *Nielsen c. Danemark* (28 novembre 1988, série A n° 144) et *H.M. c. Suisse* (n° 39187/98, CEDH 2002-II), la Cour, pour conclure que l'article 5 ne s'appliquait pas, aurait pris en compte le but humanitaire de la mesure de confinement. Cette démarche serait correcte en principe, dès lors que l'objectif sous-jacent de l'article 5 § 1 de la Convention consisterait à empêcher des privations de liberté arbitraires ou injustifiées.

42. La Cour n'aurait jamais eu jusqu'ici à considérer des circonstances telles que celles de l'espèce, où la police aurait été contrainte de prendre des mesures, proportionnées, pour confiner des personnes pendant un temps limité en vue d'éviter des troubles graves à l'ordre public impliquant un risque substantiel d'atteintes à la vie ou à l'intégrité physique. S'il devait être conclu que la mise en place d'un cordon à Oxford Circus le 1^{er} mai 2001 était contraire à l'article 5, les polices de tous les Etats contractants se verrait contraintes d'avoir recours à d'autres méthodes pour contrôler les manifestations violentes, par exemple à l'utilisation de gaz lacrymogènes ou de balles de caoutchouc, qui ne soulèveraient certes aucune question sous l'angle de l'article 5 mais qui seraient beaucoup plus dangereuses pour toutes les personnes concernées.

43. Ce serait à juste titre que la Chambre des lords et la Cour d'appel auraient conclu, selon les principes tirés de la jurisprudence de la Cour,

qu'il n'y avait pas eu privation de liberté lorsque le cordon avait été mis en place à l'origine. Une restriction temporaire à la liberté de circulation sur une voie publique, quand bien même elle serait absolue, n'équivaudrait pas à une privation de liberté, ainsi qu'il ressortirait clairement des exemples concernant des foules de supporters lors de matches de football ou la fermeture d'autoroutes à la circulation cités par les tribunaux internes. La question serait alors de savoir si la durée du maintien du cordon a fait de la mesure une privation de liberté. La réponse dépendrait de l'ensemble des circonstances de l'affaire, notamment de l'intention de la police, qui aurait été de protéger les personnes à l'intérieur et à l'extérieur du cordon, et de la nécessité de la mesure dès lors que la police n'aurait pas pu en prendre d'autres aptes à prévenir des troubles graves à l'ordre public.

44. A titre subsidiaire, le Gouvernement soutient que si privation de liberté il y a eu elle se justifiait au regard de l'article 5 § 1 b) pour garantir l'exécution d'une «obligation prescrite par la loi», à savoir l'obligation d'aider les agents de police à faire face à un trouble à l'ordre public. Plus subsidiairement encore, il plaide que la privation de liberté, à la supposer établie, relevait également de l'exception prévue par l'article 5 § 1 c), en ce que le confinement de chacun des requérants était nécessaire afin de permettre à la police de prévenir les troubles à l'ordre public qu'elle redoutait.

2. *Les requérants*

45. Les requérants soutiennent que pour déterminer si une personne a été privée de sa liberté, il faut apprécier sa situation concrète de manière objective, en examinant en particulier s'il y a eu «[confinement] dans un certain espace restreint pendant un laps de temps non négligeable» et si la personne concernée a ou non «valablement consenti» à la mesure (*Stork c. Allemagne*, n° 61603/00, § 74, CEDH 2005-V). Ils ajoutent que lorsque la mesure employée n'implique pas une détention au sens classique d'un emprisonnement elle doit s'apprécier au regard de la nature et du degré du confinement, des modalités de sa mise en œuvre, de sa durée et de ses effets sur l'individu concerné. Par exemple, plus le degré des mesures de confinement et de coercition imposées par les autorités serait important, et plus la durée requise pour qu'une privation de liberté soit constatée serait brève.

46. Les observations du Gouvernement se fonderaient sur l'hypothèse nouvelle et controversée qu'une mesure de confinement nécessaire à la réalisation d'un but légitime ou d'intérêt général ne s'analyserait pas en une privation de liberté, du moins en dehors de la situation classique d'un emprisonnement. Cette thèse serait infondée : dès lors qu'il y aurait recours à une mesure dans des circonstances qui sinon caractériseraient une privation

de liberté, l'intention ou le but sous-jacents à la mesure n'auraient pas à être pris en compte pour apprécier s'il y a eu ou non privation de liberté. Le but à l'origine d'une mesure ne serait pertinent que pour répondre à la question de savoir, dans le cas d'une privation de liberté établie, si la mesure était justifiée au regard de l'un ou l'autre des six buts précisés aux alinéas a) à f) de l'article 5 § 1, qu'il conviendrait, en tout état de cause, d'interpréter strictement. Il serait impossible d'interpréter la notion de privation de liberté de manière différente selon que la mesure est imposée pour des motifs d'ordre public ou qu'elle l'est pour tout autre but légitime ou d'intérêt général.

47. Ce serait à tort que le Gouvernement invoquerait à l'appui de son raisonnement la recherche d'un juste équilibre entre les impératifs de l'intérêt général et la nécessité de protéger les droits des individus. Ce juste équilibre serait déjà intégré dans la formulation même des divers droits protégés par la Convention. La Cour n'aurait pas la liberté d'opérer une pesée de considérations d'intérêt général concurrentes qui aboutirait à réduire la portée de la protection offerte par la Convention. Tout exercice de mise en balance entrepris par elle serait conditionné par la structure de l'article visé et ne pourrait se faire que dans les interstices laissés par cette structure, par exemple pour délimiter la portée des obligations positives découlant de certaines dispositions. Si l'affirmation centrale du Gouvernement devait être jugée correcte, les Etats seraient en mesure de contourner les garanties offertes par l'article 5 et, moyennant simplement démonstration de la nécessité de la mesure, pourraient justifier la détention de personnes par un large éventail de raisons autres que celles visées aux alinéas a) à f) de l'article 5 § 1, sans que les individus concernés bénéficient des garanties procédurales et matérielles offertes par l'article 5.

48. Les requérants ne soutiennent pas qu'il y a eu privation de liberté dès la mise en place du cordon. Eu égard toutefois à la nature de la mesure, à la manière coercitive dont elle a été imposée, à sa durée et à ses effets sur eux, ils estiment que leur confinement à l'intérieur du cordon de police a manifestement constitué pour eux une privation de liberté. La circonstance que les tribunaux internes auraient jugé qu'il s'agissait d'une mesure nécessaire d'ordre public serait dépourvue de pertinence à cet égard.

49. Les requérants considèrent que la privation de liberté ne se justifiait au regard d'aucun des alinéas de l'article 5 § 1. En particulier, ils n'auraient pas été détenus en vue de «garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi», au sens de l'article 5 § 1 b), cette forme de justification ne pouvant selon eux être admise que dans les cas où une obligation particulière et concrète pèse sur l'individu et où la privation de liberté est liée au respect de cette obligation. L'«obligation» en question ne pourrait consister à se

soumettre à la privation de liberté elle-même. En outre, la détention d'une personne en vertu de l'article 5 § 1 c) « lorsqu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction » exigerait à la fois que la privation vise à empêcher l'individu en question de commettre une infraction particulière et que les autorités aient l'intention, au moment de la privation de liberté, de conduire l'intéressé devant l'autorité judiciaire compétente dans le cadre d'une procédure pénale. Or aucune de ces conditions ne serait satisfaite en l'espèce.

B. Appréciation de la Cour

1. Sur la recevabilité

50. La Cour estime que la question de savoir si les requérants ont été privés de leur liberté, et donc si l'article 5 § 1 trouve à s'appliquer, est étroitement liée au fond de leurs griefs. Elle décide en conséquence de joindre cette question préliminaire au fond.

51. La Cour constate par ailleurs que l'affaire ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité; elle la déclare donc recevable.

2. Sur le fond

a) Principes généraux

52. Ainsi que les parties le soulignent, c'est la première fois que la Cour est amenée à examiner l'application de l'article 5 § 1 de la Convention relativement à la technique du « *kettling* », qui consiste pour la police à retenir un groupe de personnes pour des motifs d'ordre public. Pour interpréter l'article 5 § 1 en pareilles circonstances, et en particulier pour déterminer s'il y a eu privation de liberté, la Cour s'appuiera sur les principes généraux exposés ci-dessous.

53. Tout d'abord, ainsi que la Cour l'a rappelé à maintes reprises, la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles et des conceptions prévalant de nos jours dans les Etats démocratiques (voir, entre autres, *Tyrrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 31, série A n° 26, *Kress c. France* [GC], n° 39594/98, § 70, CEDH 2001-VI, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 75, CEDH 2002-VI, et, très récemment, *Bayatyan c. Arménie* [GC], n° 23459/03, § 102, CEDH 2011). La Cour ne saurait toutefois, en vue de répondre aux nécessités, conditions, vues ou normes actuelles, en dégager des droits n'y ayant pas été insérés au départ (*Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, §§ 51-54, série A n° 112), retailler des droits existants

ou créer des « exceptions » ou « justifications » non expressément reconnues dans la Convention (voir, par exemple, *Engel et autres*, précité, § 57, et *Ciulla c. Italie*, 22 février 1989, § 41, série A n° 148).

54. Ensuite, la Convention doit également se lire comme un tout et s'interpréter de manière à promouvoir sa cohérence interne et l'harmonie entre ses diverses dispositions (*Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.) [GC], n°s 65731/01 et 65900/01, § 48, CEDH 2005-X).

55. Eu égard au contexte dans lequel la mesure de confinement ici en cause a été prise, la Cour, dans le souci d'être complète, estime opportun de rappeler que l'article 2 du Protocole n° 4 à la Convention garantit le droit à la liberté de circulation. Certes, les requérants n'ont pas invoqué cette disposition, le Royaume-Uni n'ayant pas ratifié le Protocole n° 4 et n'étant donc pas tenu par cet instrument. La Cour juge cependant utile, eu égard à l'importance et à la signification des dispositions distinctes de l'article 5 de la Convention d'une part et de l'article 2 du Protocole n° 4 d'autre part, de formuler les observations suivantes. Tout d'abord, l'article 5 de la Convention ne saurait s'interpréter de manière à intégrer les exigences de cette disposition et à les rendre ainsi applicables aux Etats qui, comme le Royaume-Uni, n'ont pas ratifié ce Protocole. Par ailleurs, l'article 2 § 3 du Protocole n° 4 autorise des restrictions à la liberté de circulation lorsqu'elles constituent des mesures nécessaires, notamment, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Dans le contexte de l'article 11 de la Convention, la Cour a déclaré que des atteintes à la liberté de réunion sont en principe justifiées quand il s'agit d'assurer la défense de l'ordre, la prévention du crime ou la protection des droits et des libertés d'autrui lorsque les manifestants se livrent à des actes de violence (*Giuliani et Gaggio c. Italie* [GC], n° 23458/02, § 251, CEDH 2011). Elle a également conclu que, dans certaines circonstances bien définies, les articles 2 et 3 peuvent faire peser sur les autorités l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger un individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui (*Giuliani et Gaggio*, précité, § 244, et *P.F. et E.F. c. Royaume-Uni* (déc.), n° 28326/09, § 36, 23 novembre 2010). Dans des affaires où elle a eu à examiner si les autorités s'étaient conformées à pareilles obligations positives, la Cour a estimé qu'il fallait avoir égard à la difficulté de la mission de la police dans les sociétés contemporaines, à l'imprévisibilité du comportement humain et à l'inévitabilité de choix opérationnels en termes de priorités et de ressources (*Giuliani et Gaggio*, précité, § 245, et *P.F. et E.F. c. Royaume-Uni*, décision précitée, § 40).

56. Ainsi que la Cour l'a dit précédemment, la police doit jouir d'une certaine marge d'appréciation dans l'adoption de décisions opérationnelles.

Pareilles décisions sont presque toujours compliquées et la police, qui a accès à des informations et renseignements non accessibles au grand public, est généralement la mieux placée pour les prendre (*ibidem*, § 41). De plus, déjà en 2001, les progrès en matière de technologies de communication permettaient de mobiliser des protestataires rapidement, secrètement et à une échelle sans précédent. Les forces de police des Etats contractants font face à de nouveaux défis, que nul n'avait peut-être prévus à l'époque où la Convention a été rédigée, et elles développent pour y répondre de nouvelles techniques de maintien de l'ordre, parmi lesquelles s'inscrit notamment le « *kettling* ». L'article 5 ne saurait s'interpréter de manière à empêcher la police de remplir ses devoirs de maintien de l'ordre et de protection du public, sous réserve qu'elle respecte le principe qui sous-tend l'article 5, à savoir la protection de l'individu contre l'arbitraire (*Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, §§ 67-74, CEDH 2008).

57. La Cour l'a dit ci-dessus, l'article 5 § 1 ne concerne pas les simples restrictions à la liberté de circuler, lesquelles obéissent à l'article 2 du Protocole n° 4. Pour déterminer si un individu se trouve « privé de sa liberté » au sens de l'article 5 § 1, il faut partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée. Entre privation et restriction de liberté, il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence (*Engel et autres*, § 59, *Guzzardi*, §§ 92-93, *Storck*, § 71, tous précités, et, plus récemment, *Medvedyev et autres c. France* [GC], n° 3394/03, § 73, CEDH 2010).

58. Ainsi que Lord Walker le souligne (paragraphe 37 ci-dessus), le but de la mesure n'est pas mentionné dans les arrêts précités comme un élément à prendre en compte pour l'appréciation du point de savoir s'il y a eu privation de liberté. En réalité, il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour qu'un motif d'intérêt général sous-jacent, par exemple la protection de la société contre un individu perçu comme présentant une menace pour elle, n'a aucune incidence sur la question de savoir si cette personne a été privée de sa liberté, même si le motif de la mesure peut être pertinent pour l'étape ultérieure, qui consiste à examiner si la privation de liberté se justifiait au regard de l'un ou l'autre des alinéas de l'article 5 § 1 (voir, parmi beaucoup d'autres, *A. et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 3455/05, § 166, CEDH 2009, *Enborn c. Suède*, n° 56529/00, § 33, CEDH 2005-I, *M. c. Allemagne*, n° 19359/04, CEDH 2009). Cela vaut également lorsqu'il s'agit d'assurer la protection, le traitement ou la prise en charge de quelque manière que ce soit d'une personne internée, sauf si celle-ci a valablement consenti à ce qui autrement s'analyserait en une privation de liberté (*Storck*, précité, §§ 74-78, et les affaires y mentionnées, et, tout récemment, *Staney*

c. Bulgarie [GC], n° 36760/06, § 117, CEDH 2012; voir également, sur la validité du consentement, *Amuur c. France*, 25 juin 1996, § 48, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III).

59. Cependant, la Cour estime que l'exigence de prendre en compte le «genre» et les «modalités d'exécution» de la mesure en question (*Engel et autres*, § 59, et *Guzzardi*, § 92, tous deux précités) lui permet d'avoir égard au contexte et aux circonstances spécifiques entourant les restrictions à la liberté qui s'éloignent de la situation type d'incarcération en cellule (voir, par exemple, *Engel et autres*, précité, § 59, et *Amuur*, précité, § 43). En effet, le contexte dans lequel s'insère la mesure représente un facteur important car il est courant, dans les sociétés modernes, que surviennent des situations dans lesquelles le public peut être appelé à supporter des restrictions à la liberté de circulation ou à la liberté des personnes dans l'intérêt du bien commun. Comme les juges de la Cour d'appel et de la Chambre des lords l'ont observé, le public est généralement prêt à accepter que des restrictions temporaires soient apportées à la liberté de mouvement dans certains contextes, par exemple dans les transports publics, lors de déplacements sur l'autoroute, ou à l'occasion d'un match de football (paragraphes 35 et 37 ci-dessus). La Cour considère que, sous réserve qu'elles soient le résultat inévitable de circonstances échappant au contrôle des autorités, qu'elles soient nécessaires pour prévenir un risque réel d'atteintes graves aux personnes ou aux biens et qu'elles soient limitées au minimum requis à cette fin, des restrictions à la liberté aussi courantes ne peuvent à bon droit être regardées comme des «privations de liberté» au sens de l'article 5 § 1.

60. L'article 5 consacre un droit fondamental de l'homme, à savoir la protection de l'individu contre les atteintes arbitraires de l'Etat à son droit à la liberté. Les alinéas a) à f) de l'article 5 § 1 énumèrent limitativement les motifs autorisant la privation de liberté. Pareille mesure n'est pas conforme à l'article 5 § 1 si elle ne relève pas de l'un de ces motifs (voir, parmi beaucoup d'autres, *Al-Jedda c. Royaume-Uni* [GC], n° 27021/08, § 99, CEDH 2011). On ne saurait exclure que le recours à des techniques de contention et de contrôle des foules puissent, dans des circonstances particulières, donner lieu à une privation de liberté contraire à l'article 5 § 1. Dans chaque cas particulier, l'article 5 § 1 doit s'interpréter d'une manière qui tienne compte du contexte spécifique dans lequel les techniques en cause sont utilisées et de l'obligation d'assurer le maintien de l'ordre et la protection du public que tant le droit national que le droit conventionnel font peser sur la police.

b) Application de ces principes au cas d'espèce

61. La question de savoir dans un cas donné s'il y a eu privation de liberté est donc fonction des faits particuliers de l'espèce. A cet égard, la

Cour rappelle que dans le cadre du système de la Convention elle est appelée à jouer un rôle subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de protection des droits de l'homme (*A. et autres c. Royaume-Uni*, précité, § 154). Découlant d'une lecture combinée des articles 1 et 19 de la Convention, la subsidiarité est l'un des piliers de la Convention. La Cour doit éviter de prendre le rôle d'un juge des faits statuant en première instance, sauf si cela est rendu inévitable par les circonstances d'une affaire particulière. En principe, là où des procédures internes ont été menées, la Cour n'a pas à substituer sa propre appréciation des faits à celle des juridictions nationales, auxquelles il appartient de les établir sur la base des preuves recueillies par elles. Si la Cour n'est pas liée par les constatations de ces dernières mais demeure libre de se livrer à sa propre évaluation à la lumière de l'ensemble des éléments dont elle dispose, elle ne s'écartera normalement des constatations de fait des juges nationaux que si elle est en possession de données convaincantes à cet effet (*Giuliani et Gaggio*, précité, § 180). Eu égard toutefois au fait qu'en vertu des articles 19 et 32 de la Convention il lui appartient d'interpréter et d'appliquer celle-ci en dernier ressort, la Cour, si elle doit certes prendre en compte les constatations de fait des juridictions internes, n'est pas limitée par leurs conclusions juridiques quant au point de savoir si le requérant a ou non été privé de sa liberté au sens de l'article 5 § 1 de la Convention (voir, par exemple, *Storck*, précité, § 72).

62. Le juge Tugendhat, statuant en première instance, rendit son jugement à l'issue d'un procès de trois semaines, pendant lequel il examina un nombre considérable d'éléments de preuve concernant les événements qui s'étaient déroulés à Oxford Circus le 1^{er} mai 2001, notamment des dépositions orales, des documents, des films vidéo et des photographies (paragraphe 16 ci-dessus). Il établit notamment les faits suivants. Selon les informations recueillies au préalable par la police, la manifestation devait attirer un «noyau dur» de 500 à 1 000 manifestants violents et il y avait un risque réel de dommages corporels graves, voire de décès, et d'atteintes aux biens si la police ne parvenait pas à contrôler efficacement la foule. Préparés à l'idée qu'un rassemblement se formerait à Oxford Circus vers 16 heures, les policiers furent pris au dépourvu lorsqu'ils constatèrent que plus de 1 500 personnes s'y pressaient déjà deux heures avant. Compte tenu des informations dont elle disposait et du comportement qu'avaient eu les foules lors de manifestations antérieures sur des thèmes similaires, la police décida à 14 heures que pour prévenir les violences et le risque d'atteintes aux personnes et aux biens il fallait imposer un cordon absolu. A partir de 14 h 20, lorsque ce cordon intégral fut en place, personne à l'intérieur n'eut plus la possibilité de partir sans autorisation. Il y avait suffisamment d'espace au sein du cordon pour que les personnes pussent se déplacer, et il

n'y eut pas de bousculades, mais les conditions étaient inconfortables, car les personnes enfermées ne pouvaient s'abriter nulle part, ne disposaient ni d'eau ni de nourriture et n'avaient pas accès à des toilettes. Tout au long de l'après-midi et de la soirée, la police tenta à plusieurs reprises de débuter un processus de libération collective, mais le comportement violent et peu coopératif d'une minorité importante aussi bien à l'intérieur du cordon qu'aux alentours de celui-ci l'amena à suspendre à chaque fois l'opération. En conséquence, le processus de dispersion ne fut totalement achevé qu'à 21 h 30. Cependant, environ 400 personnes qui, visiblement, n'avaient rien à voir avec la manifestation ou subissaient de graves conséquences du fait de leur confinement furent autorisées à partir (paragraphes 17-25 ci-dessus). Ces constatations n'ont pas été remises en cause par les parties à la présente procédure, et la Cour ne voit aucune raison de s'en écarter. Les trois premiers requérants furent retenus à l'intérieur du cordon de police pendant sept heures environ et le quatrième requérant pendant cinq heures et demie.

63. La Cour doit analyser la situation concrète des requérants à la lumière des critères dégagés dans l'affaire *Engel et autres* et dans la jurisprudence ultérieure (paragraphe 57 ci-dessus). Elle relève à cet égard des différences entre les intéressés – la première requérante s'était rendue à Oxford Circus dans l'intention de manifester tandis que les autres requérants étaient de simples passants – mais estime que celles-ci sont sans incidence sur la question de savoir s'il y a eu ou non privation de liberté.

64. Eu égard aux critères énoncés dans l'affaire *Engel et autres*, la Cour estime que la nature coercitive de la mesure de confinement litigieuse, sa durée et ses effets sur les requérants, notamment l'inconfort physique qu'elle leur a causé et l'impossibilité dans laquelle elle les a mis de quitter Oxford Circus, sont des éléments qui militent en faveur d'un constat de privation de liberté.

65. Elle doit toutefois également prendre en compte le «genre» et les «modalités d'exécution» de la mesure en question. Comme elle l'a dit ci-dessus, le contexte dans lequel celle-ci s'insère a son importance.

66. Il convient donc de noter que la mesure a été imposée dans un but d'isolement et de confinement d'une foule nombreuse, dans des conditions instables et dangereuses. Comme le souligne le Gouvernement (paragraphe 42 ci-dessus), la police décida d'avoir recours pour contrôler la foule à une mesure de confinement plutôt qu'à des méthodes plus radicales qui auraient pu donner lieu à un risque supérieur d'atteintes aux personnes. Le juge de première instance conclut que, eu égard à la situation à Oxford Circus, la police n'avait pas eu d'autre choix, pour parer à un risque réel de dommages corporels et matériels graves, que d'imposer un cordon absolu (paragraphe 26 ci-dessus). La Cour n'aperçoit aucun motif de se démarquer

de la conclusion du juge interne selon laquelle la mise en place d'un cordon intégral était le moyen le moins intrusif et le plus efficace à utiliser dans les circonstances. Au demeurant, les requérants ne prétendent pas que la mise en place initiale du cordon ait eu pour effet immédiat de priver de leur liberté les personnes prises à l'intérieur (paragraphe 48 ci-dessus).

67. Par ailleurs, sur la base là encore des faits établis par le juge de première instance, la Cour ne peut identifier un moment précis où la mesure, d'une restriction à la liberté de mouvement qu'elle constituait tout au plus, se serait muée en une privation de liberté. Il est frappant de constater que, cinq minutes environ après la mise en place du cordon intégral, la police envisageait déjà de commencer une opération de dispersion contrôlée vers le nord. Trente minutes plus tard, une deuxième tentative fut amorcée, puis suspendue en raison du comportement violent de personnes à l'intérieur et à l'extérieur du cordon. Entre 15 heures et 18 heures environ, les policiers réexaminèrent la situation à intervalles réguliers mais, au vu de l'arrivée d'un nouveau groupe de manifestants et des conditions dangereuses qui prévalaient au sein des divers rassemblements, ils estimèrent qu'il était impossible de libérer en toute sécurité les personnes à l'intérieur du cordon. Le processus de libération contrôlée fut repris à 17 h 55, puis stoppé à 18 h 15, de nouveau repris à 19 heures puis suspendu à 19 h 20, repris encore une fois à 19 h 30 puis de nouveau abandonné, et enfin mené de façon continue, par groupes de dix personnes, jusqu'à la dispersion totale de la foule à 21 h 45 (paragraphe 24 ci-dessus). Le juge de première instance estima en conséquence que les conditions mêmes qui avaient contraint la police à retenir la foule à 14 heures avaient persisté jusqu'à 20 heures environ, lorsque le processus de libération collective avait pu finalement se dérouler sans interruption (paragraphe 24 ci-dessus). Dès lors, considérant que la police a constamment suivi de très près l'évolution de la situation, mais que, en substance, les mêmes conditions dangereuses qui avaient nécessité la mise en place du cordon à 14 heures persistèrent tout au long de l'après-midi et jusqu'en début de soirée, la Cour estime que les personnes à l'intérieur du cordon ne peuvent passer pour avoir été privées de leur liberté au sens de l'article 5 § 1. En conséquence, elle juge inutile d'examiner si la mesure se justifiait au regard des alinéas b) et c) de l'article 5 § 1.

68. La Cour souligne que la conclusion ci-dessus selon laquelle il n'y a pas eu privation de liberté est basée sur les faits spécifiques et exceptionnels de l'espèce. Elle observe en outre que les requérants n'ont formulé aucun grief sous l'angle des articles 10 ou 11 de la Convention et prend note de la conclusion du juge de première instance selon laquelle il n'y a pas eu d'atteinte aux droits à la liberté d'expression et à la liberté de réunion des personnes retenues à l'intérieur du cordon (paragraphe 32 ci-dessus). Elle

tient à préciser en outre que, compte tenu de l'importance fondamentale de la liberté d'expression et de la liberté de réunion dans toute société démocratique, les autorités nationales doivent se garder d'avoir recours à des mesures de contrôle des foules afin, directement ou indirectement, d'étouffer ou de décourager des mouvements de protestation. Si la mise en place et le maintien du cordon par la police n'avaient pas été nécessaires pour prévenir des atteintes graves aux personnes ou aux biens, la mesure aurait été d'un «genre» différent, et sa nature coercitive et restrictive aurait pu suffire à la faire tomber dans le champ de l'article 5.

69. En conclusion, l'article 5 de la Convention ne trouvant pas à s'appliquer, il n'a pas été violé en l'espèce.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Déclare*, à l'unanimité, les requêtes recevables;
2. *Dit*, par quatorze voix contre trois, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 5 de la Convention ;

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 15 mars 2012.

Michael O'Boyle
Greffier

Françoise Tulkens
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 Tulkens, Spielmann et Garlicki.

F.T.
M.O'B.

OPINION DISSIDENTE COMMUNE DES JUGES TULKENS,
SPIELMANN ET GARLICKI

1. Nous ne partageons pas le constat de la majorité selon lequel il n'y a pas eu privation de liberté, ce qui l'amène à conclure que, l'article 5 de la Convention ne trouvant pas à s'appliquer, il n'a pas été violé en l'espèce.
2. L'arrêt explique sa position par «les circonstances exceptionnelles et spécifiques de cette affaire» mais il souligne aussi que «[s]i la mise en place et le maintien du cordon par la police n'avaient pas été nécessaires pour prévenir des atteintes graves aux personnes ou aux biens, la mesure aurait été d'un «genre» différent, et sa nature coercitive et restrictive aurait pu suffire à la faire tomber dans le champ de l'article 5» (paragraphe 68 de l'arrêt).
3. Au niveau des principes gouvernant l'application de l'article 5 de la Convention, une disposition qui figure dans tous les instruments universels et régionaux de protection des droits de l'homme et qui relève de l'ordre public européen, la position de la majorité peut être interprétée dans le sens que s'il est nécessaire d'imposer une mesure coercitive et restrictive dans un but légitime d'intérêt général, cette mesure n'équivaut pas à une privation de liberté. Il s'agit là d'une proposition nouvelle, éminemment discutable et critiquable pour un double motif.
4. Tout d'abord, la Cour a toujours dit que l'objectif ou l'intention d'une mesure ne peut être pris en compte pour apprécier s'il y a eu ou non privation de liberté. Ces éléments ne sont pertinents que pour apprécier si celle-ci se justifie au regard des buts énumérés aux alinéas a) à f) de l'article 5 § 1. En d'autres termes, l'article 5 ménage, dans son libellé même, le juste équilibre inhérent à la Convention entre l'intérêt public et le droit à la liberté de l'individu, en limitant expressément les buts qu'une privation de liberté peut légitimement poursuivre.
5. Ensuite, eu égard à la structure et au libellé de l'article 5 § 1 de la Convention, il ne peut y avoir de distinction de principe entre des mesures d'ordre public et des mesures imposées pour tout autre but d'intérêt général/ légitime. En d'autres termes, il n'y a aucune raison de traiter les privations de liberté résultant de motifs d'ordre public de manière différente d'autres privations de liberté pour lesquelles cette disposition est invoquée. S'il n'en était pas ainsi, les Etats pourraient «contourner» les garanties fixées par l'article 5 et détenir les personnes pour un ensemble de raisons qui vont au-delà des dispositions prévues à l'article 5 § 1 a) à f), sous réserve de démontrer la nécessité de la mesure.
6. C'est cette approche qui fonde l'analyse de la Cour dans l'arrêt *A. et autres c. Royaume-Uni* ([GC] n° 3455/05, CEDH 2009) du 19 février

2009, qui concerne une situation sans doute plus grave encore, à savoir un risque de menace pour la sécurité nationale : « La Cour ne souscrit pas à la thèse du Gouvernement selon laquelle l'article 5 § 1 doit s'interpréter comme autorisant la recherche d'un juste équilibre entre le droit à la liberté individuelle et l'intérêt de l'Etat à protéger sa population contre la menace terroriste. Cette thèse contredit non seulement la jurisprudence de la Cour relative à l'alinéa f) de l'article 5 § 1, mais aussi le principe voulant que les alinéas a) à f) de cette disposition contiennent une liste exhaustive des exceptions au droit à la liberté et que seule une interprétation étroite de celles-ci soit compatible avec les buts poursuivis par cet article. Lorsqu'une détention sort des limites de ces alinéas fixées par la jurisprudence de la Cour, on ne peut l'y ramener en invoquant la nécessité de mettre en balance les intérêts de l'Etat et ceux des détenus. » (§ 171)

7. A cet égard, la suggestion de la majorité qui figure malencontreusement dans la partie consacrée aux principes généraux nous paraît problématique. « On ne saurait exclure que le recours à des techniques de contention et de contrôle des foules puissent, dans des circonstances particulières, donner lieu à une privation de liberté contraire à l'article 5 § 1. Dans chaque cas particulier, l'article 5 § 1 doit s'interpréter d'une manière qui tienne pleinement compte du contexte spécifique dans lequel les techniques en cause sont utilisées et de l'obligation d'assurer le maintien de l'ordre et la protection du public que tant le droit national que le droit conventionnel font peser sur la police. » (paragraphe 60 de l'arrêt) Sous cette forme, ce texte nous paraît dangereux en ce qu'il contient en germe un blanc-seing et donne un mauvais message aux autorités policières.

8. La majorité rappelle que, « dans certaines circonstances bien définies, les articles 2 et 3 peuvent faire peser sur les autorités l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger un individu dont la vie est menacée » (paragraphe 55). Certes, mais il n'est pas établi en l'espèce qu'il y avait un danger imminent et certain pour la vie ou l'intégrité physique des personnes. Toutefois, il ne s'agit pas en réalité d'un problème nouveau. L'interaction entre la protection offerte par l'article 5 § 1 de la Convention et les obligations positives au titre des articles 2 et 3 a été examinée à plusieurs reprises par la Cour et cette dernière a constamment répété que pareilles obligations positives devaient respecter pleinement les garanties consacrées par l'article 5. Tout récemment encore, dans l'arrêt *Jendrowsiak c. Allemagne* (n° 30060/04, 14 avril 2011), la Cour a rappelé que « les autorités de l'Etat ne pouvaient, en l'espèce, se fonder sur leurs obligations positives en vertu de la Convention afin de justifier la privation de liberté du requérant, laquelle, comme on l'a démontré ci-dessus, (...) ne relève d'aucune des justifications énumérées de manière exhaustive aux

alinéas a) à f) de l'article 5 § 1. Cette disposition peut donc passer pour exposer l'ensemble des motifs pour lesquels une personne peut être privée de sa liberté dans l'intérêt général, notamment l'intérêt à protéger le public d'actes criminels» (§ 38).

9. Dans la présente affaire, le paradoxe réside dans le fait constaté à juste titre par Lord Hope et Lord Neuberger que, s'il y avait eu privation de liberté, il aurait été impossible pour la police de la justifier en vertu des exceptions prévues à l'article 5 § 1, alinéas b) et c).

10. Nous sommes bien conscients que le maintien de l'ordre est une mission difficile, même si, en l'espèce, il n'est pas contesté que les 6 000 policiers étaient les plus expérimentés d'Angleterre. Comme il ressort de l'analyse effectuée par les juridictions internes, il semble que les forces de l'ordre ont, en l'espèce, donné priorité à l'efficacité de leur intervention et ont opté pour la solution la plus pratique pour gérer la situation en gardant *tout le monde* à l'intérieur du cordon. Cette mesure a ainsi été appliquée de manière indiscriminée et a été imposée aussi aux personnes qui ne participaient en aucune manière à la manifestation. A cet égard, on aurait pu attendre de la police qu'elle ait recours à des moyens moins intrusifs. De fait, il apparaît que l'ensemble des personnes qui sont passées par Oxford Circus vers 14 heures ce jour-là ont été traitées comme des objets et obligées de rester là où elles se trouvaient jusqu'à ce que la police parvienne à régler d'autres problèmes dans la ville.

11. La majorité relève des différences dans la situation des requérants: la première s'était rendue à Oxford Circus dans l'intention de manifester tandis que les trois autres requérants étaient de simples passants. Elle estime néanmoins que ces différences sont *sans incidence* sur la question de savoir s'il y a eu ou non privation de liberté (paragraphe 63 de l'arrêt). Avec tout le respect que nous lui devons, nous ne pouvons souscrire à ce point de vue. Certes, on peut accepter qu'un participant actif dans une manifestation qui n'est pas entièrement pacifique doit prévoir que sa liberté de mouvement pourrait être restreinte pour la nécessité de mesures policières, encore que, dans le cas d'espèce, ce ne soit pas le cas. En effet, la Cour d'appel a infirmé la conclusion du juge Tugendhat selon laquelle la police avait des motifs raisonnables de supposer que la première requérante était sur le point de se rendre coupable de trouble à l'ordre public; au contraire, elle a estimé que, en détenant la première requérante, la police exerçait un pouvoir exceptionnel de *common law* consistant à détenir un innocent aux fins de prévenir un trouble à l'ordre public par d'autres. Quoi qu'il en soit, la situation est entièrement différente en ce qui concerne les trois autres requérants qui étaient là par hasard, sans aucune intention de manifester. Ils

pouvaient raisonnablement s'attendre à ne pas subir des mesures destinées à contrôler une foule de manifestants hostiles s'ils suivaient les instructions de la police.

12. La Cour estime ne pouvoir identifier un moment précis où la mesure de restriction de liberté de mouvement se serait muée en une privation de liberté (paragraphe 67 de l'arrêt). Le sens de cette constatation n'est pas clair. Cela signifie-t-il qu'il n'y a pas eu privation de liberté avant 21 h 30 ou que la situation serait devenue une privation de liberté entre 14 heures et 21 h 30 mais sans en pouvoir indiquer le moment précis? Si tel est le cas, la majorité ne peut conclure de manière aussi catégorique que des personnes à l'intérieur du cordon ne peuvent passer pour avoir été privées de liberté au sens de l'article 5 § 1 de la Convention. Dans une situation d'incertitude, la présomption joue normalement en faveur du respect des droits individuels.

13. Enfin, la Grande Chambre ne se réfère en aucune manière à l'arrêt *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni* du 12 janvier 2010 (n° 4158/05, CEDH 2010). Certes, le point central dans cette affaire est l'article 8 de la Convention mais l'article 5 était aussi impliqué, précisément dans le contexte d'une manifestation. En fait, l'interprétation qui est donnée de cette disposition dans l'arrêt *Gillan et Quinton* est beaucoup plus large qu'ici puisque la Cour estime qu'une restriction coercitive à la liberté de circuler constitue une privation de liberté au sens de l'article 5 § 1. En effet, « [I]a Cour constate que, même si la durée de leur interpellation et de leur fouille n'a ni pour l'un ni pour l'autre dépassé trente minutes, les requérants ont été *entièrement* privés de toute liberté de circulation. Ils ont été obligés de rester là où ils se trouvaient et de se soumettre à une fouille, et un refus les aurait exposés à une arrestation, à un placement en garde à vue et à des poursuites pénales. *Cet élément coercitif montre qu'il y a bien eu privation de liberté au sens de l'article 5 § 1* (voir, par exemple, *Foka c. Turquie*, n° 28940/95, §§ 74-79, 24 juin 2008) » (§ 57 – italique ajouté). Or, le degré de coercion dans la présente affaire est beaucoup plus important que dans l'affaire *Gillan et Quinton*.

14. En l'espèce, les intéressés ont été confinés à l'intérieur d'une zone relativement petite, en même temps que quelque 3 000 autres personnes, avec une liberté de mouvement très réduite; ils ne pouvaient que se tenir debout ou s'asseoir sur le sol; ils n'avaient aucun accès à des toilettes, ni à de la nourriture ou de l'eau. Le cordon a été maintenu par la présence de centaines de policiers antièmeutes et les requérants dépendaient entièrement de la décision des policiers quant au moment où ils allaient pouvoir partir. En outre, ces policiers pouvaient faire usage de la force pour maintenir le cordon en place et le refus de se conformer aux instructions et restrictions

imposées constituait une infraction passible de prison et pouvait donner lieu à une arrestation. Tous les requérants ont été ainsi enfermés pendant six à sept heures.

15. En conclusion, nous estimons qu'il y a eu privation de liberté au sens de l'article 5 de la Convention et que cette disposition a été violée en l'espèce.