

Supplement to Human rights information bulletin, No. 65
Supplément au Bulletin d'information sur les droits de l'homme, n° 65



The European Convention on Human Rights and national case-law, 2004

La Convention européenne
des Droits de l'Homme
dans la jurisprudence
nationale, 2004



The European Convention on Human Rights and national case-law

**Supplement
to Human Rights Information Bulletin, No. 65**

**Supplément
au Bulletin d'information sur les Droits de l'Homme, n° 65**

La Convention européenne des Droits de l'Homme dans la jurisprudence nationale

Supplement to *Human rights information bulletin* No. 65, September 2005, ISSN 1608-9618
Supplément au *Bulletin d'information sur les droits de l'homme* n° 65, septembre 2005, ISSN 1608-960X

Cover: Tribunal Supremo, Madrid, Spain
Couverture : Tribunal Supremo, Madrid, Espagne

© Council of Europe/Conseil de l'Europe, 2005

Printed at the Council of Europe/Imprimé dans les ateliers du Conseil de l'Europe
First printing September 2005/Première impression septembre 2005

Preface

This new supplement to the *Human rights information bulletin* contains a selection of decisions of national courts where the question of implementing provisions of the European Convention on Human Rights arises.

They are extracted from a wide range of elements of legislation, case-law and publications relating to the Convention within certain member states of the Council of Europe, which appear in the *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, published by Martinus Nijhoff Publishers in the Netherlands.

The following information was drafted in either English or French by contributors of various nationalities, and the terminology employed may on occasion reflect national legal use and practice.

Contents

Austria – p. 5
Belgium – p. 12
Czech Republic – p. 17
Denmark – p. 20
Finland – p. 22
Hungary – p. 28
Iceland – p. 29
Italy – p. 30
Luxembourg – p. 35
Portugal – p. 41
Spain – p. 41
Sweden – p. 47
Switzerland – p. 53
United Kingdom – p. 55

Préface

Ce nouveau Supplément au *Bulletin d'information sur les droits de l'homme* présente une sélection de décisions des tribunaux nationaux dans lesquelles s'est posée la question de l'application des dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Elles sont extraites d'un ensemble plus large d'éléments de législation, de jurisprudence et de doctrine relatives à la Convention dans l'ordre interne de certains Etats membres du Conseil de l'Europe qui figurent dans l'*Annuaire de la Convention européenne des Droits de l'Homme* publié par les Editions Martinus Nijhoff, aux Pays-Bas.

Les informations ci-après reproduites ont été rédigées soit en français soit en anglais par des contributeurs de différentes nationalités et certains particularismes du langage juridique peuvent subsister.

Table des matières

Dans le texte, les pays sont présentés par ordre alphabétique anglais.

Autriche – p. 5
Belgique – p. 12
Danemark – p. 20
Espagne – p. 41
Finlande – p. 22
Hongrie – p. 28
Islande – p. 29
Italie – p. 30
Luxembourg – p. 35
Portugal – p. 41
République tchèque – p. 17
Royaume-Uni – p. 55
Suède – p. 47
Suisse – p. 53



Austria/Autriche

Article 2 of the Convention

Constitutional Court, 29 June 2004 – Ref. B 1452/03,
<http://www.ris.bka.gv.at/vfgh/>

The applicants are the mother and the siblings of Binali I. who was shot by the police on 31 August 2002 in the course of the exercise of “(acts of) immediate administrative power of instruction and compulsion”. The Independent Administrative Panel for Vienna subsequently rejected a complaint by his relatives as unfounded as the use of weapons had been lawful pursuant to Article 2 (2) (a) ECHR in connection with the relevant provisions of the “Act relating to the use of weapons”. Against this decision the applicants filed a complaint before the Constitutional Court.

The right to equality of all citizens before the law (Article 7 Federal Constitutional Act) is violated, *inter alia*, in case the competent authority acts in an arbitrary manner when issuing a ruling – for instance by refraining from any activities as to the enquiry into a case on a decisive point.

According to Article 2 (2) (a) ECHR, a deprivation of life shall not be regarded as violation of

the right to life provided that it results from the use of force which is absolutely necessary in defence of a person from unlawful violence. The term “absolutely necessary” is to be understood in the sense of a rigid review (test) of proportionality under consideration of the concrete circumstances in every single case. In the present case, the responsible authority, however, did not tackle the question at all whether the use of weapon had been absolutely necessary in the circumstances or, on the contrary, if other – moderate – means would have been sufficient in responding to the threat. It has made no observations on this decisive point, thereby ignoring the submissions of the party and the outcome of the judicial inquiry in full. As a result, the applicants were violated in their constitutionally guaranteed rights to equality of all citizens before the law. The ruling was therefore set aside.

Articles 2 and 3 of the Convention

Independent Administrative Panel for Vienna, 29 January 2004 – Ref. 02/13/6598/2003, <http://www.ris.bka.gv.at/uvs/>

The applicant is the wife of C.W., a national of Mauritania, Africa. His superior had found the latter in an extreme state of excitement and aggression following a quarrel with his colleague. He decided to call the police and the ambulance which arrived shortly afterwards. However, neither the rescue team nor the policemen were able to settle the situation. C.W. – though handcuffed – managed to jump out from the ambulance car but was stopped on the street by policemen who pushed him on the ground where he came to lie on his stomach. Several policemen then exercised pressure on his thorax with their full body weight. During the exercise of pressure – which lasted four minutes and 25 seconds at least – one of the policemen gave him several blows with his fist against head and neck, shouting “You swine!” and “Won’t you be quiet?”. Subsequently, C.W. was put in feet chains, at this time he had not shown any reaction for one and a half minutes. The emergency doctor eventually confirmed his clinic death, the resuscitation attempts remained unsuccessful.

The Constitutional Court has already expressed in two judgments that the courts “have to decide on matters which concern alleged illegal acts against a deceased person” (Articles 2 and 3 ECHR; cf. judgments B 159/00 of 6 March 2001; B 1580/00 of 12 June 2001). The right to life

protected under Article 2 ECHR is in itself capable of providing a legitimization for all grievances set out in the complaint. Furthermore, according to the jurisdiction of the European Court of Human Rights there must be compelling reasons for the use of a life-threatening exercise of force.

Concerning the manner in which the pressure had been exercised, it should be noted that the knowledge about the life-threatening nature of a massive impediment of abdominal breathing of such a kind is not confined to medical practitioners, but is common ground. As to the proportionality of such a measure, it has to be taken into account that C.W., who had been handcuffed, managed to get his feet out of the belts of the stretcher while lying in the ambulance car. His conduct evidently pursued the wish of running away from the ambulance car, there were no indications that he intended to attack the policemen or the rescue officers. When C.W. was lying on his stomach, the hands being tied on his back, the exercise of a very small use of force would have been enough to prevent him from standing up again. If the police officers had withheld him by merely pressing his arms – without fixing his head and upper body – he would have been able to breathe in a reasonable and unhindered manner. Following such a procedure, the aspect of life-threaten-

ing force would have been removed without endangering the purpose of the said “official intervention”. It follows that the “fixing” must be declared as unlawful as it was both life-endangering and disproportionate and there were no compelling reasons to make use of such a force.

C.W. was put in foot chains after the “fixing” had lasted three and a half minutes and at this time he no longer showed any reaction. Under these circumstances, the fettering should not have occurred before it had been established

that all essential life functions were still upright. As this was not the case, the fettering was unlawful at the time in issue. The punches were inflicted on C.W. while already lying on the ground. The described use of force was neither necessary for preventing his absconding nor for countering any risks emanating from him. Therefore, the blows were not only illegal but also at variance with Article 3 ECHR, in connection with the insults.

Articles 3 and 13 of the Convention

Constitutional Court, 15 October 2004 – Ref. G 237/03 et alia, <http://www.ris.bka.gv.at/vfgh/>

The present legal review proceedings have been introduced upon application of the provincial governments of Vienna, Upper Austria and the Independent Federal Asylum Panel, respectively. They request the reversal of numerous provisions of the Asylum Act (in force since 1 May 2004), as amended by Federal Law Gazette I No. 101/2003, for breach of the Constitution.

To the alleged unconstitutionality of § 32 (1) Asylum Act (prohibition to advance fresh evidence and new matters of fact during the appeal proceedings (so-called *Neuerungsverbot*): The European Court of Human Rights, in its judgment of 15 November 1996 in the case of *Chahal v. the United Kingdom*, has clarified that in case of an imminent violation of Article 3 ECHR through a measure with a view to terminating an alien’s stay there shall be carried out an independent examination as to the alleged risk of ill-treatment or torture, according to the concept of an effective remedy pursuant to Article 13 ECHR. The new asylum proceedings show particularities which, as a matter of fact, do not guarantee that an asylum seeker who is prepared to participate in establishing the facts may advance all factual arguments in his favour at first instance. The reason is that the legislator has created an accelerated admission procedure during which the first questioning shall be carried out within 48 and 72 hours, respectively, following the filing of an application for asylum. Accordingly, asylum seekers are questioned immediately after their arrival, thus at a time where they are, as a rule, in an exceptional physical and mental state. The Asylum Act, however, takes note of this circumstance only in connection with a trauma, verified by a medical practitioner.

It has to be taken into account as well that asylum seekers are, as a rule, not able to speak German. The reason for a renewed submission at second instance may have its origin in an incorrect or incomplete translation or record of the submissions forwarded before the authority of first instance. This matter becomes not apparent from the contents of the file, however, and, as a

rule, cannot be asserted as procedural defect. As § 32 (1) No. 4 Asylum Act limits the exception provided therein exclusively to “trauma cases”, this must be considered as excessive. As a result, the words “on account of a trauma, verified by a medical practitioner” shall be set aside for breach of the Constitution as they violate both the principle of the rule of law and Article 13 ECHR.

To § 32 (2) and § 5a (1) second sentence Asylum Act (exclusion of suspensive effect of an appeal against expulsion; enforcement of expulsions not being final yet): It should be stressed that the public interest in carrying out expulsions in due time might conflict with possible disadvantages experienced by an asylum seeker, for instance the possible difficulty to institute appeal proceedings from abroad or impediments which might fall within the “protective sphere” Article 3 or 8 ECHR. Such a balance of interests may be performed only with respect to every single case, though. The – unanimous – exclusion of the suspensive effect of an appeal is capable of putting an unacceptable burden on the plaintiff (not permitted under constitutional law) who would have to bear the consequences alone. The second sentence of § 32 (2) and § 5a (1) of the Asylum Act, respectively, shall be set aside for infringement of the principle of the rule of law.

To the alleged unconstitutionality of § 34b (1) No. 3 Asylum Act: This provision provides for the imposition of detention with a view to expulsion against asylum seekers who have filed a fresh application for asylum following the denial or rejection of their respective first application. The legislator apparently went out from the assumption that it would already become evident from a repeated application for asylum that the person concerned showed an unequivocal intention not to leave the country. § 34b (1) No. 3 Asylum Act does not differ, however, between consecutive applications being clearly inadmissible and those which are filed by an asylum seeker due to a change of the legal and factual situation. Accordingly, a person may be held in detention with a view to expulsion even in case the application

filed by him/her does not show evidence of any abusive intention. The legislator's goal to prevent abuses by way of a repeated filing of an application for asylum must be deemed therefore excessive

and constitutes, as a result, a breach of the Constitution. § 34b (1) No. 3 Asylum Act was set aside.

Articles 5 and 6 of the Convention

Supreme Court, 7 October 2004 – Ref. 15 Os 117/04,
<http://www.ris.bka.gv.at/jus/>

Gerhard M. was held in detention on remand between 8 February and 3 September 2004 in the course of criminal proceedings instituted against him on suspicion of having committed the offence of assault. The Vienna Upper Regional Court did not allow his complaint against the continuation of the detention of remand, holding that the reasons for arrest, namely a risk that he would (attempt to) commit the said offence (§ 180 (2) No. 3b, c and d Code of Criminal Procedure), were still relevant. Against this decision the applicant filed a “Fundamental Rights Complaint”.

Article 1 (3) Personal Freedom Act provides that personal freedom may only be deprived if and insofar it is deemed proportionate in relation to the vital purpose of that very measure. Concerning detention on remand, § 180 (1) Code of Criminal Procedure relies on the importance of the matter and the punishment to be expected.

According to the constant jurisdiction of the European Court of Human Rights, from the right to trial within reasonable time or to release pending trial it cannot be derived an absolute limitation in terms of weeks, months and years. An examination of the question whether the length of detention on remand has been proportionate or not depends on the special circumstances of each case. There shall, above all, those reasons be taken into consideration which are in favour of – or speak against – the existence of a public interest

in maintaining detention and which provide a justification to depart from the principle of respect of one's personal liberty. In this regard, the principle of presumption of innocence under Article 6 (2) ECHR must be given due attention. After lapse of a certain time, even a well-founded suspicion is not sufficient as such to justify the lawfulness of the continuation of detention on remand. Accordingly, relevant and sufficient grounds must prevail to justify the continued deprivation of liberty (cf. judgment of the European Court of Human Rights of 26 June 1991 in the case of *Letellier v. France*).

The grounds for a continuation of detention of remand as given by the Vienna Upper Regional Court (here: the existence of a serious capacity of aggression in connection with an inclination to violence), must be seen from this angle. On the other hand, it should be observed that the accused has been sentenced to seven months' imprisonment at first instance for having committed the offence of assault (whereas this offence is punished by imprisonment up to one year at the outset). As a result, the detention on remand which – at the time of the decision of the Upper Regional Court – lasted already for more than six months cannot be regarded as proportionate in relation to the importance of the matter. Gerhard M. was therefore violated in his right to personal liberty. The challenged ordinance was set aside.

Article 6 of the Convention

Supreme Court, 25 February 2004 – Ref. 3 Ob 162/03z,
<http://www.ris.bka.gv.at/jus/>

The Commercial Court had issued an injunction against the defendant party for unfair competition, pursuant to § 9 of the Unfair Competition Act. The court of first instance – in proceedings under § 355 Execution Proceedings Act – followed the applications of the claimant and sentenced the defendant party to several fines whereas the appeal court rejected the said applications upon appeal of the defendant party. Against this decision the claimant filed several appeals.

The claimant holds the view that appeals should be bilateral also with respect to proceedings granting enforcement of a court decision.

This view cannot be agreed with: The current legal order provides that appeals in execution proceedings are – as a rule – unilateral,

apart from exceptions not relevant here. Starting from the decision of the European Court of Human Rights of 6 February 2001 in the case of *Beer v. Austria* concerning violation of a fair hearing in view of the unilateral character of an appeal against the determination of cost in industrial proceedings, reflections have been undergone by the legislator how to fill the legal gap existing now. They led in several cases to the “order” to rendering proceedings bilaterally (for instance, in non-contentious proceedings concerning the request of receiving a “marriage good”, 6 Ob 281/01v; cf. also 2 Ob 63/03h according to which the appeal procedure in non-contentious proceedings must be considered – as a rule – as bilateral; in bankruptcy proceedings concerning their opening, 8 Ob 282/01f, because

the common debtor would otherwise be deprived of the disposal of his assets [apart from that, the appeal proceedings are unilateral, 8 Ob 199/02a]].

These considerations, however, may not be automatically applied to execution proceedings as well. The obligation under Article 6 ECHR, namely to give a party to the proceedings an exhaustive opportunity to be heard in the sense of being able to present his/her view vis-à-vis its opponent, also in case of an appeal, collides with the principally unilateral character of execution proceedings. The latter, in contrast to contentious proceedings, do not serve the collection of “procedural material” (evidence, etc.) as basis for a decision on the merits, but solely the execution of the – now – final decision. Execution proceedings are – in the interest of an acceleration of proceedings and a furtherance of the enforcement of the law in favour of the very one party whose legal title has been acknowledged already during contentious proceedings (of course, under observance of all procedural guarantees prescribed by fundamental rights) – designed in such a manner that the execution is granted upon request of the

claimant, in unilateral proceedings not open to the public.

The bilateral character of appeal proceedings, deemed necessary by the European Court of Human Rights concerning a claim for reimbursement of costs, may therefore not, by way of analogy, extended to appeal proceedings whose subject matter concerns the granting of execution. The legislator likewise did not see any reason for “ordering” an amendment of the Execution Proceedings Act, in the sense of attributing to the appeal procedure in execution proceedings a complete or partial bilateral character. It must be concluded therefore that the proceedings under § 355 Execution Proceedings Act remain unilateral at all events. This is also true with regard to proceedings at second instance, provided that the principle of equality of arms in appeal proceedings does not require the hearing of the adversary to the appeal for special reasons. At third instance, the appeal proceedings are likewise unilateral unless a response to the appeal is deemed necessary by the Supreme Court, depending on every single case (cf. 3 Ob 92/03f). The appeals which were not justified therefore remained unsuccessful.

**Constitutional Court, 23 June 2004 – Ref. G 228/03,
<http://www.ris.bka.gv.at/vfgh/>**

The applicant’s request for compensation under the “1990 Act relating to the conservation of nature and landscape in the province of Burgenland” (the 1990 Act) on account of any pecuniary damage he had suffered from the denial of a building permit had been rejected by the provincial government.

The Constitutional Court, on occasion of the complaint in issue, decided ex officio to review the constitutionality of the words “on the amount” (of compensation on which the provincial government decides, by ruling, pursuant to Art. 48 (3) last sentence 1990 Act) in § 48 (6) 1990 Act.

The said phrase brings about an exclusion of the “successive competence of the courts” in case of a challenge of the ruling in issue. The applicant thus disposed only of the possibility of bringing a complaint before the Constitutional Court and the Administrative Court, respectively. The competence of the courts laid down in § 48 (6) 1990 Act is, with respect to the issue of a decision on an application for compensation under § 48 1990 Act, established only if the competent administrative authority would award compensation (the claimant is entitled to by law) in a certain amount, but not in case of decisions either denying an entitlement to compensation for lack of meeting the requirements laid down in § 48 1990 Act or pro-

nouncing the loss of a compensation claim because of retarded application (48 (3) 1990 Act).

According to Article 6 § 1 ECHR, an independent and impartial tribunal established by law shall decide on the determination of one’s civil rights. That applies also to the existence and amount of the compensation claim as laid down in § 48 1990 Act. It remains to be stated that the Burgenland provincial government cannot be regarded as a tribunal, however. The review by the Administrative Court (in the circumstances, together with the Constitutional Court) of decisions concerning the award of indemnification for expropriation of an authority not established as a tribunal does not satisfy the requirements of Article 6 ECHR. The same applies to decisions on compensation claims for restriction of property rights. Therefore, the decision on the existence of a compensation claim guaranteed as such by the 1990 Act and the issue, respectively, whether the landowner has lost his – otherwise legitimate – entitlement to compensation due to the retarded filing of an application, are both decisions on civil rights from their very nature which must be decided by a tribunal at any rate. It follows that § 48(6) 1990 Act conflicts with Article 6 ECHR. The phrase “on the amount” in § 48 (6) 1990 Act must be repealed for breach of the Constitution.

**Constitutional Court, 30 September 2004 – Ref. B 742/04,
<http://www.ris.bka.gv.at/vfgh/>**

On 27 April 1998, a panel of judges with the Vienna revenue office, 1st district, found the applicant guilty of tax evasion and imposed a fine on him, amounting to ATS 250 000 (EUR 18 168.21). His appeal to the Appeals Board remained unsuccessful. The applicant then filed a complaint with the Administrative Court which repealed the decision for illegality of its contents. Following the issue of a new decision by the authority of first instance, he subsequently appealed to the Independent Fiscal Panel for Vienna, applying for the discontinuance of proceedings pursuant to Article 6 § 1 ECHR on account of the unreasonable length of proceedings. On 1 April 2004, the Panel partly followed the appeal, stating that the duration of proceedings in the amount of six years, three months and twenty-eight days had been unreasonably long. This circumstance, however, would not lead to the discontinuance of proceedings as pursuant to the Administrative Court's case-law (judgment of 24 October 1990, No. 86/13/0026) the discontinuance of proceedings due to the lapse of time could be considered merely within the scope of § 31 Fiscal (Criminal) Proceedings Code, laying down a statutory limitation. Irrespective of this fact, the Panel felt obliged to consider the mitigation cause under § 34 (2) Penal Code (according to that provision a mitigation cause is established in case the proceedings instituted against the perpetrator of a crime have lasted unreasonably long due to reasons which cannot be attributed to him or his counsel) so that a re-calculation of the fine in the amount of EUR 10 000 seemed to be appropriate, taking into account the nature of the offence and the offender's guilt.

The applicant alleges that the European Court of Human Rights, in its decision on admissibility of 6 November 2003 in the case of Janci-

kova v. Austria, had ruled, on the one hand, that the objection of non-lapse of the prescription period prescribed by domestic law was not capable of justifying lengthy proceedings and, on the other hand, unacceptable procedural delays accountable to the authorities had to be taken into account when determining the degree of punishment.

It should be noted out the outset that from the pertinent jurisdiction of the Strasbourg organs it can be merely derived that the establishment of a violation of the Convention on account of the excessive length of proceedings and the award of compensation (not set out in detail) for any inconvenience suffered must be regarded as "stringent legal consequences". Such redress may, for instance, include the granting of compensation for any non-pecuniary damage suffered, a mitigation of the sentence or the discontinuance of criminal proceedings. In the present case, however, the constitutional requirements of Article 6 ECHR have already been fulfilled by the courts in that they mitigated the sentence.

Secondly, both the Supreme Court (according to which an unreasonably length of proceedings is of no relevance with regard to the (factual) prosecution for an offence, albeit this circumstance shall be taken into account as mitigation cause when determining the degree of punishment) and the Administrative Court see no reason (in the sense of a requirement) to demand the discontinuance of proceedings at any rate. The Constitutional Court, in its judgment of 19 June 2002, B 1273/01, likewise considered it merely to be an option. The Administrative Court therefore maintains its view according to which a right to the discontinuance of proceedings cannot be derived from Article 6 ECHR. As a result, the complaint was rejected.

**Articles 6, 41
 and 46 of the
 Convention**

**Administrative Court, 22 November 2004 – Ref. 2004/10/0032,
<http://www.ris.bka.gv.at/vwgh/>**

The claimant, by referring to the judgment of the European Court of Human Rights of 22 January 2004 in the case of *Alge v. Austria* (where the latter had established a violation of Article 6 § 1 ECHR for failure of holding an oral hearing before the Administrative Court and had awarded the applicant compensation for non-pecuniary damage in the amount of EUR 3 000) requested the re-opening of proceedings under § 45 (1) No. 4 Act governing the procedure before the Administrative Court. Under Article 41 ECHR, the Member States were under an obligation to enforce the judgments of European Court of Human Rights in the best way possible under domestic law. The right of the parties to the pro-

ceedings to an exhaustive hearing of their case also comprised the right to a public and oral hearing.

§ 45 Act governing the procedure before the Administrative Court does not provide for a re-opening of proceedings before the Administrative Court following the establishment of a violation by the European Court of Human Rights. The scope, however, of the obligations emerging from Article 46 ECHR remains unanswered. From the view of the current doctrine, this provision entails an obligation under international law to comply with final judgments of the European Court of Human Rights without bearing, however, an immediate impact on domestic law. This is not even

the case in relation to Austria where the European Convention on Human Rights is part of the Constitutional law and thus directly enforceable. Consequently, a judgment of the European Court of Human Rights is not capable of modifying or repealing any domestic act infringing the Convention.

The European Court of Human Rights, in its constant case-law, has repeatedly held that the manner how the member states comply with their obligations under Article 46 ECHR falls within their discretion (cf. Ress, *Wirkung und Beachtung der Urteile und Entscheidungen der Straßburger Konventionsorgane*, EuGRZ 1996, 350). There may not be derived from the Convention an obligation on part of the concerned state to reopen proceedings or to carry out administrative measures of whatever kind (cf. judgment of the European Court of Human Rights of 20 September 1993 in the case of *Saidi v. France*).

Following the 1996 Act amending the Code of Criminal Procedure, there exists now the possibility to apply for a reopening of proceedings pursuant to § 363a Code of Criminal Procedure. This provision, however, was not incorporated in

the understanding that the Convention demanded to take such action. The explanations to the respective Government Bill rather affirm the view according to which it is common ground that Article 6 § 1 ECHR does not oblige the member states to provide, in any case, for a reversal, under domestic law, of the very one decision which has been found to violate the Convention. The explanations merely “concede” that an obligation to *restitutio in integrum* shall be presupposed insofar as the domestic law – the decision of the national authorities is based upon – is eligible for interpretation in conformity with the Convention. The Constitutional Court likewise held the view that there may not be derived a “constitutional requirement” from the Convention to reopen proceedings at national level in any case of a violation established by the European Court of Human Rights (cf. Collection of decisions of the Constitutional Court No. 16.747/2002).

In view of the nature of the established violation of the Convention, no obligation arises as to a re-opening of the initial proceedings. As a result, the application for a re-hearing of the case could not be followed.

Articles 8 and 12 of the Convention

Constitutional Court, 14 October 2004 – Ref. B 1512/03, <http://www.ris.bka.gv.at/vfgh/>

The applicant is a citizen of the United States of America and married to a citizen of Germany since September 2001. On 26 March 2003, the Mödling district authority denied his application for issue of a residence permit on the grounds that – in his capacity as partner of the same sex – he could not be considered as “spouse” and thus not as third country national, enjoying preferential treatment in the meaning of §§ 47 (2) (3) Aliens Act. The appeal filed against this decision remained unsuccessful.

As the Constitutional Court has already held in its judgment of 12 December 2003, B 777/03, neither the principle of equality under Article 7 Federal Constitutional Act nor Article 12 ECHR require an “extension” of marriage (which is, in principle, aimed at the eventuality of parenthood) to relationships of other kind. The regulation in §§ (2) (3) of § 47 Aliens Act aims at helping the spouse and those close relatives normally living in common household to remain within the family community under the circumstances of free movement. Other companionships of the same or different sex may dispose of the usual possibilities provided for by the Aliens law.

Taking into account the specific character of the marriage between man and woman, no discrimination of other companionships can be established either. It should be noted that the legislator, by fulfilling its obligation under

Articles 1 and 2 of Regulation (EEC) No. 1612/68 of the Council of 15 October 1968 on freedom of movement for workers within the Community by enacting the above-mentioned regulation, does not act improperly and, as a matter of consequence, no discrimination is in issue with regard to companionships which are denied common descendants by nature.

The question whether the interpretation given by the authorities is in conformity with Community Law or not, or whether the legislator has fulfilled its demands in every respect, falls out of an examination in the present case. As a result, the applicant’s suggestion of bringing the matter before the European Court of Justice can be neglected. Finally, the term “spouse” as defined by the Aliens Act is in no way vague or imprecise, that being so in view of the clear wording of § 44 General Civil Code (according to that provision the conclusion of a marriage is left to persons of a different gender [only]). The legislator, when relying on objective grounds with respect to the requirement of being married, does not violate the right to respect for private and family life guaranteed by Article 8 ECHR either. The requirement of treating (mere) partnerships equally, regardless of the sex, is not relevant for the question of giving them equal treatment in relation to a marriage. The complaint was rejected as unfounded.

**Article 4 of
Protocol No. 7****Supreme Court, 27 May 2004 – Ref. 12 Os 26/04, <http://www.ris.bka.gv.at/jus/>**

The Kufstein district authority, by penal order of 17 September and 29 October 2002 respectively, imposed two fines on the applicant for having committed an administrative offence under § 1 (3) in connection with § 37 (1) Driver Licences Act (driving of a car without the necessary driving permit). The Innsbruck Regional Court subsequently instituted criminal proceedings against him for suspicion of having illegally used a vehicle (§ 136 Penal Code). Taking into account that the accused had already been convicted on account of the same facts of the case, the single judge suspended the proceedings and suggested with the Kufstein district authority to set aside the said penal orders pursuant to § 30 (3) Criminal Administrative Offences Act. The latter, however, refused to follow such a procedure as according to its view it had only penalised the administrative offence under § 1 (3) in connection with § 37 (1) of the Driver Licences Act. The criminal chamber at the Innsbruck Regional Court and the Innsbruck Upper Regional Court respectively, subsequently discontinued the proceedings on the grounds that the – final – penal orders of the Kufstein district authority, issued contrary to the subsidiary provision of § 99 (6) (c) Road Traffic Act, constituted an obstacle to criminal prosecution in view of the principle of double jeopardy laid down in Article 4 Protocol No. 7 ECHR. Against this decision the general attorney filed a “plea of nullity for the preservation of the law” pursuant to § 33 (2) Penal Code.

According to the current case-law of the European Court of Human Rights (Franz Fischer v. Austria of 29 May 2001; W.F. v. Austria of 30 May 2002; Sailer v. Austria of 6 June 2002) and the constant jurisdiction of the Constitutional Court, Article 4 Protocol No. 7 ECHR prohibits the separate prosecution of criminal acts (offences), competing with each other in the form of the so-called Idealkonkurrenz and having been partly penalised by final decision, provided that the colliding offences, each of them comprising

the “content of the wrongdoing” of the other one in every respect, dispose of the same essential elements of the case. The principle of double jeopardy relates also to the collusion of acts (offences) which are punished both by the criminal courts and the administrative authorities.

By applying these principles to the administrative offence under § 1 (3) in connection with § 37 (1) Driver Licences Act and the criminal offence under § 136 Penal Code (both colliding offences competing with each other in respect of one and the same action [conduct]), it should be stressed that Article 4 Protocol No. 7 ECHR does not oppose to a criminal prosecution, irrespective of the fact that the administrative offence has already been punished. The reason is that the competing criminal elements are manifestly differing from each other concerning the substantial elements of the said offences. Whereas § 1 (3) in connection with § 37 (1) Driver Licences Act prohibits the driving of a car without the necessary driving permit, penalizes § 136 Penal Code the illegal use of a vehicle without authorisation by the owner of the car. Whether the latter has authorised the use of the car is, concerning the “realisation” of the essential elements in order to constitute an offence under § 1 (3) in connection with § 37 (1) Driver Licences Act, of the same little relevance as the lack of a driving permit with respect to the “realisation” of the essential elements required by § 136 Penal Code. Therefore, the legal opinion set out by the Innsbruck Regional Court and Upper Regional Court respectively, is not in conformity with the law.

It follows that the penal orders of the Kufstein district authority constitute, with respect to the criminal proceedings instituted, no obstacle to criminal prosecution in the sense of Article 4 Protocol No. 7 ECHR, on account of the offence under § 136 Penal Code being in a relationship of real Idealkonkurrenz. As the legal infringements have, in fact, “favoured” the accused, there was no room for deciding otherwise.

Administrative Court, 29 September 2004 – Ref. 2002/13/0222, <http://www.ris.bka.gv.at/vwgh/>

The applicant had been charged with tax evasion. The court of lay assessors acquitted him from the charge pursuant to § 259 No. 3 Code of Criminal Procedure, holding that the negligent committal of a violation of the obligation to indicate the amount of turnover tax in advance was not punished by law. The fiscal authorities, in their plea of nullity with the Supreme Court, complained that the court of lay assessors in its verdict of not guilty, based on § 259 No. 3 Code of Criminal Procedure, had ruled definitively on the applicant’s (criminal) conduct although it

could not be excluded that he might have committed a summary offence under fiscal law, punished by § 49 (1) (a) Fiscal (Criminal) Proceedings Code. In case of denial of a conduct (offence) punished by the criminal law, the court of lay assessors should have based the acquittal on § 214 (1) Fiscal (Criminal) Proceedings Code (according to that provision an acquittal on account of incompetence of the courts for the punishment of fiscal offences does not prevent the courts from convicting a person for a different criminal act [offence] in order the accused is

found guilty by having shown one and the same criminal conduct) in view of the possibility that the fiscal authorities might be competent for the matter.

The Supreme Court dismissed the plea of nullity on the grounds that a violation of § 214 (3) Fiscal (Criminal) Proceedings Code (according to that provision, an acquittal on account of incompetence of the court shall be explicitly mentioned in the operative part of the judgment did not fall under the “sanction of nullity” of § 281 (1) No. 3 Code of Criminal Procedure. The breach of the law, committed by the court of lay assessors in rendering an acquittal under the wrong legal provision, would not prevent the fiscal authorities from steps with a view to criminal prosecution. The fiscal (criminal) proceedings instituted thereafter led to the applicant’s conviction under § 49 (1) (a) Fiscal (Criminal) Proceedings Code.

According to the Supreme Court, its view as to the lack of an obstacle to criminal prosecution would not be at variance with Article 4 Protocol No. 7 ECHR as the challenged judgment had to be interpreted not as decision on the merits, but as one declaring the incompetence of the courts with respect to the punishment of an offence. This could not be altered by the fact, however, that the court of lay assessors had not declared explicitly its incompetence to deal with the matter.

The Administrative Court cannot agree with that conclusion. The sense of Article 4 Protocol No. 7 ECHR consists in providing both legal security and trust for everyone, not to be subjected to prosecution for a second time. In case of issue of a decision by a court or administrative authority, the person concerned ought to be aware as to whether a criminal matter has been settled by final decision (on account of the fact that a decision has been made on the merits) or not (because the state authority has declared itself incompetent to deal with the matter).

Paragraph 54 (6) Fiscal (Criminal) Proceedings Code provides that in case of termination of fiscal (criminal) proceedings “not in form of decision of incompetence”, any further prosecution shall be refrained from. § 214 (3) Fiscal (Criminal) Proceedings Code provides the person concerned with sufficient information on whether he is protected against further prosecution or not. The legal protection, however, ceases if § 214 (3) Fiscal (Criminal) Proceedings Code is reduced, despite its clear wording (“shall be ... without exception”), to a mere “formal provision” (formality) so that the person acquitted under § 259 No. 3 Code of Criminal Procedure has to ask himself/herself whether the court did not possibly mean to declare itself incompetent in reality, contrary to the contents of its verdict.

It follows that only such acquittal from a fiscal charge, rendered by the criminal courts, terminates the proceedings on account of a decision on a denial of competence in the meaning of § 54 (5) Fiscal (Criminal) Proceedings Code (according to that provision the fiscal authorities shall continue the fiscal proceedings in case criminal proceedings have been terminated by final decision pronouncing a denial of competence), provided that the verdict contains the reference “on account of incompetence” or at least a reference to § 214 (1) Fiscal (Criminal) Proceedings Code. Any acquittal, however, which contains no reference of the mentioned kind, imposes an obligation on the fiscal authorities to discontinue the proceedings. The responsible authority therefore failed to perceive that the prosecution of the applicant was excluded by § 54 (6) Fiscal (Criminal) Proceedings Code, being an obstacle to prosecution from the angle of Article 4 Protocol No. 7 ECHR. The challenged ruling was therefore set aside.

Belgium/Belgique

Article 2 de la Convention

Cour d'arbitrage – <http://www.arbitrage.be>, réf. n° 4/2004

Texte en cause : Loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie.

En alléguant que les personnes visées par les articles 3 et 4 de la loi ne disposent pas de leur libre arbitre au moment de leur demande, les requérantes – raisonnant comme si elles présupposaient que quiconque veut cesser de vivre est nécessairement hors d'état de juger – ne tiennent aucun compte des multiples garanties inscrites dans les dispositions de la loi mise en cause afin

d'assurer que la personne qui exprime sa volonté dans les conditions des articles 3 et 4 le fasse en toute liberté.

Les travaux préparatoires de la loi attaquée montrent, d'ailleurs, que les commissions compétentes du Sénat puis de la Chambre des représentants se sont constamment préoccupées de cet aspect du problème. Les parties requérantes ne tirent pas de l'article 2 CEDH des arguments conduisant à une autre appréciation.

Article 6 de la Convention**Tribunal correctionnel de Dinant, 21 avril 2004 – Journal des procès, n° 481, 14 mai 2004, pp. 28-29**

L'usage de l'appareil détecteur de mensonges relève plus d'une forme moderne et scientiste de superstition que d'une enquête rationnelle. Les poursuites à l'égard d'un prévenu sont irrecevables pour violation des articles 56 du

Code d'instruction criminelle et 6 CEDH lorsque les procès-verbaux d'interrogatoire d'un prévenu par les enquêteurs ou le juge d'instruction ne mentionnent pas que ce prévenu présentait d'évidentes déficiences physiques et mentales.

Cour de cassation, 1^{er} juin 2004 – http://www.cass.be/cgi_juris/jurf.pl, réf. P040413N

Les droits de la défense ne sont pas violés lorsqu'à sa demande expresse, l'accusé est représenté par son conseil à l'audience devant la Cour d'assises pendant l'intégralité du procès, avec l'accord de celle-ci, nonobstant le caractère oral des débats devant cette instance. De même, pour la procédure devant la Cour d'assises, la comparution en personne obligatoire semble inconci-

liable avec les conditions fixées par l'article 6 CEDH. En effet, l'accusé a également le droit d'organiser librement sa défense de la manière qu'il juge la plus adéquate pour servir ses intérêts. Cette règle est confirmée par différents arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme (arrêt Poitrimol notamment) et de la Cour de cassation.

Cour de cassation, 16 juin 2004 – http://www.cass.be/cgi_juris/jurf.pl, réf. P040281F

La Cour d'assises apprécie souverainement si, pour des motifs prévus aux articles 148 de la Constitution ou 6 § 1 CEDH, il y a lieu de faire exception à la règle suivant laquelle la cause doit être instruite en audience publique. L'art. 6 § 3d)

CEDH n'est pas méconnu du seul fait que le juge du fond a estimé ne pas devoir, ou ne pas pouvoir, ordonner une audition contradictoire de l'informateur anonyme dont les révélations ont permis d'orienter utilement les recherches.

Cour de cassation, 17 juin 2004 – http://www.cass.be/cgi_juris/jurf.pl, réf. C020385N

La seule circonstance que le juge prononce le jugement avant le jour fixé pour cette pronon-

ciation ne constitue ni une violation des droits de la défense ni une violation de l'art.6 § 1 CEDH.

Cour de cassation, 20 octobre 2004 – http://www.cass.be/cgi_juris/jurf.pl, réf. P040982F

Le respect du droit au silence ne s'impose au juge que dans la mesure où il statue sur le bien-fondé de l'accusation ; ayant reconnu le prévenu coupable et devant motiver la nature et le taux de la peine, le juge peut, sans violer ce droit de

défense du prévenu, prendre en considération tous les éléments propres à sa personne, et notamment l'absence de regrets, pourvu qu'il ne sanctionne pas la manière dont le prévenu s'est défendu.

Cour de cassation, 17 novembre 2004 – http://www.cass.be/cgi_juris/jurf.pl, réf. P041075F

En disposant que le délai d'appel contre une décision rendue par défaut prendra effet à compter de sa signification à la partie condamnée ou à son domicile, l'article 203 du Code

d'instruction criminelle ne viole pas l'article 6 CEDH et n'impose pas aux justiciables un délai matériellement impossible à respecter.

Cour de cassation, 18 janvier 2004 – http://www.cass.be/cgi_juris/jurf.pl, réf. P040119F

La méconnaissance du droit à disposer du temps nécessaire pour préparer sa défense,

garanti par l'article 6 § 3 CEDH, ne constitue pas, en soi, une cause de récusation.

Cour de cassation, 16 mars 2004 – http://www.cass.be/cgi_juris/jurf.pl, réf. P031110N

Le juge apprécie souverainement en fait la suite qu'il accorde au dépassement du délai raisonnable ; aucune disposition légale ne dispose

que, dans ce cas, le juge ne puisse plus prononcer de peine ou qu'il doive définir la peine qu'il aurait infligée en l'absence d'un tel dépassement.

Cour de cassation, 24 février 2004 – http://www.cass.be/cgi_juris/jurf.pl, réf. P031652N

Suite au réquisitoire du procureur du Roi visé à l'article 10 de la loi du 23 mai 1990 sur le transfèrement inter-étatique des personnes condamnées et tendant à l'adaptation de la peine prononcée à l'étranger à celle qui est prévue par la loi belge pour une infraction de même nature, le

tribunal ne décide pas du bien-fondé de l'accusation dirigée contre une personne au sens de l'article 6 CEDH mais uniquement de l'adaptation éventuelle d'une peine ou d'une mesure déjà prononcée à l'étranger, en vue de son exécution ultérieure en Belgique.

Cour de cassation, 7 avril 2004 – http://www.cass.be/cgi_juris/jurf.pl, réf. P031670F

De la seule circonstance qu'une décision d'une juridiction d'instruction ne serait pas régulièrement motivée, il ne se déduit pas une violation de l'article 6 § 1 CEDH. La condition essentielle de l'impartialité du juge d'instruction est son indépendance totale à l'égard des parties, de telle manière qu'il ne puisse s'exposer au

soupçon de partialité dans l'instruction des faits, que ce soit à charge ou à décharge. Le juge d'instruction ne cesse à aucun moment d'être un juge ne pouvant susciter dans l'esprit des parties ou dans l'opinion générale une apparence de partialité ; aucune circonstance ne le dispense de ce devoir.

Articles 6 et 8 de la Convention**Cour de cassation, 16 novembre 2004 – http://www.cass.be/cgi_juris/jurf.pl, réf. P040644N**

Il ne résulte ni de l'article 6 CEDH, qui garantit le droit à un procès équitable, ni de son article 8, qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, ni d'aucune disposition constitution-

nelle ou légale que la preuve qui a été obtenue en méconnaissance d'un des droits fondamentaux garantis par cette Convention ou par la Constitution soit toujours inadmissible.

Articles 6 et 13 de la Convention**Cour de cassation, 24 février 2004 – http://www.cass.be/cgi_juris/jurf.pl, réf. P031148N**

L'article 13 CEDH n'implique pas que, lorsque le juge constate que le délai raisonnable visé à l'article 6 § 1 de ladite Convention est dépassé, la réparation à laquelle le prévenu pour-

suivi pénalement peut prétendre consiste nécessairement en la cessation des poursuites pénales ou en l'extinction de l'action publique.

Article 7 de la Convention**Cour d'arbitrage, 20 octobre 2004 – <http://www.arbitrage.be>, réf. n° 158/2004**

Texte en cause : Loi du 3 mai 2003 modifiant la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes et antiseptiques.

Le principe de légalité en matière pénale ne va pas jusqu'à obliger le législateur à régler lui-même chaque aspect de la poursuite, spécialement depuis la loi du 4 mars 1997, qui a introduit dans le Code judiciaire l'article 143bis déterminant la compétence du collège des procureurs généraux en matière de politique criminelle, et depuis l'adoption de l'article 151 de la Constitution, qui a consacré le « droit du ministre compétent d'ordonner des poursuites et d'arrêter des directives contraignantes de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche et de poursuite ». Il est, cependant, requis que la loi

ne méconnaisse pas les exigences particulières de précision, de clarté et de prévisibilité auxquelles doivent satisfaire les lois en matière pénale. En l'espèce, cette exigence s'impose d'autant plus que la disposition entreprise déroge, à plusieurs égards, aux règles générales du droit pénal, notamment pour ce qui est de la compétence du ministère public et de l'obligation de déclaration des services de police en cas de constatation d'infractions. Dès lors qu'il apparaît que plusieurs notions utilisées dans la disposition contestée sont à ce point vagues et imprécises qu'il est impossible d'en déterminer la portée exacte, cette disposition ne satisfait pas aux exigences du principe de légalité en matière pénale et il convient de l'annuler.

Articles 7, 9, 10 et 14 de la Convention**Cour d'arbitrage, 6 octobre 2004 – <http://www.arbitrage.be>, réf. n° 157/2004**

Texte en cause : Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination.

Pour pouvoir apprécier si les critères qui établissent une différence de protection juridique entre les victimes d'une discrimination en fonc-

tion de la nature du motif de discrimination sont pertinents, il convient, avant tout, de prendre en compte l'objectif général de la lutte contre toute forme de discrimination. La Cour doit, toutefois, avoir aussi égard aux objectifs particuliers qui ont donné lieu à une restriction du champ d'application de la loi et qui contredisent l'objectif général de celle-ci. Le législateur a expressément opté pour un système de protection contre la discrimination dans lequel un traitement inégal ne constituera une discrimination que si cette différence de traitement n'est pas objectivement et raisonnablement justifiée. Dans ce système, compte tenu de l'objectif général de la loi, il n'est pas pertinent d'exclure certains motifs de discrimination de son champ d'application. Cette mesure n'est pas davantage pertinente pour prévenir les abus de la protection juridique ou pour empêcher que la loi soit déviée de ses objectifs. Etant donné que, dans le système choisi par le législateur, il convient d'examiner si chaque différence de traitement contestée peut être justifiée de manière objective et raisonnable, ce système offre, de par sa nature même, suffisamment de garanties pour empêcher d'éventuels abus, sans qu'il soit nécessaire, comme en l'espèce, de priver une catégorie de victimes de discrimination de la protection de la loi. En outre, la différence de traitement litigieuse donne l'impression, contrairement à l'objectif général de la loi, que la discrimination fondée sur des motifs non mentionnés ne mérite pas une protection identique. Rien ne justifie qu'une différence de traitement fondée sur un motif tel que la conviction politique ou la langue ne puisse faire l'objet des mesures civiles prévues par la loi contestée. En effet, la mesure lèse les victimes d'une discrimination fondée sur les convictions politiques ou sur la langue en ce qu'elle les prive de la protection de la loi.

Aucune disposition de droit international n'impose d'assortir de sanctions pénales les comportements discriminatoires. Par ailleurs, spécialement lorsqu'il s'agit de prendre des mesures qui peuvent limiter la liberté d'expression, l'Etat doit éviter de recourir à des mesures pénales lorsque d'autres mesures, telles que des sanctions civiles, permettent d'atteindre l'objectif poursuivi (voir dans ce sens, entre autres, Cour européenne des Droits de l'Homme, *Incal* c/ Turquie, 9 juin 1998, § 54 et arrêt *Sürek* n° 2

c/ Turquie, 8 juillet 1999, § 34). Lorsque le législateur opte pour la voie pénale, il relève de son pouvoir d'appréciation de déterminer quels sont les comportements qui méritent d'être pénalement sanctionnés. Encore faut-il que les choix qu'il fait soient raisonnablement justifiés. L'article 6 § 2 de la loi contre la discrimination, qui est la seule disposition de celle-ci qui punit de sanctions pénales la discrimination elle-même, énumère les motifs des discriminations punissables, parmi lesquels ne figurent ni les opinions politiques ni la langue, alors que ces motifs de discrimination sont explicitement inscrits aux articles 14 CEDH et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Les considérations de l'Etat ne peuvent suffire à justifier cette différence de traitement entre victimes de discriminations, alors qu'il s'agit de réprimer des comportements dont se rendent coupables des autorités publiques. Si, pour censurer l'inconstitutionnalité de l'article 2 § 1 de la loi, qui n'est pas une disposition pénale, la Cour peut annuler les mots qui limitent les motifs de discrimination, en revanche, il ne serait pas satisfait aux exigences du principe de légalité en matière pénale, consacré par l'article 12 de la Constitution, si la discrimination devenait, sans autre précision, un élément constitutif d'une infraction. Il convient donc d'annuler l'article 6 § 2 de la loi dans son ensemble.

La liberté d'expression constituant l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, les exceptions à la liberté d'expression doivent s'interpréter strictement. Il faut démontrer que les restrictions sont nécessaires dans une société démocratique, qu'elles répondent à un besoin impérieux et qu'elles demeurent proportionnées aux buts légitimes poursuivis. L'article 2 § 4, cinquième tiret, de la loi vise non pas des actes mais des propos impliquant une différence de traitement qui manque de justification objective et raisonnable. La loi n'indique pas en quoi, ou quand, ces propos discriminatoires excèdent le seuil admissible, dans une société démocratique, de l'expression d'idées susceptibles de « choquer, inquiéter ou heurter ». Cette disposition ne satisfait donc pas aux exigences rigoureuses auxquelles est soumise la limitation de la liberté d'expression.

Article 8 de la Convention

Cour d'arbitrage, 24 mars 2004 – <http://www.arbitrage.be>, réf. n° 54/2004

Dans l'interprétation selon laquelle la notion de « famille » inclut uniquement l'époux ou l'épouse du titulaire du droit d'habitation mais non le partenaire non marié avec lequel le titulaire du droit d'habitation forme une communauté de vie, l'article 632 du Code civil est discriminatoire.

Dans l'interprétation selon laquelle la notion de « famille » inclut également le partenaire non marié avec lequel le titulaire du droit d'habitation forme une communauté de vie, l'article 632 du Code civil ne l'est pas.

Cour d'arbitrage, 28 octobre 2004 – <http://www.arbitrage.be>, réf. n° 164/2004

Texte en cause : Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

Il n'existe aucune obligation de traiter conjointement les demandes d'asile introduites par des membres d'une même famille, même si, dans certains cas, un traitement conjoint peut être souhaitable et que les principes généraux de bonne administration exigent que le ministre ou son délégué en tiennent compte ; le législateur a pu considérer qu'il ne convenait pas de prévoir la possibilité de modifier une nouvelle fois la langue de la procédure afin de permettre un examen conjoint de dossiers « connexes ». Le principe invoqué de l'unité de la famille n'est pas de nature à porter atteinte à ce qui précède. Bien qu'il ressorte de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme que le droit au respect de la vie familiale puisse également impliquer certaines garanties procédurales (Cour eur.

D.H., 13 juillet 2000, Elsholz ; 10 mai 2001, T.P. et K.M. ; 20 décembre 2001, Buchberger ; 17 décembre 2002, Venema), ces garanties ne vont pas jusqu'à conférer le droit d'obtenir la jonction de plusieurs procédures. La prise en compte du droit au respect de la vie familiale, garanti par l'article 22 de la Constitution, n'est pas de nature à conduire à une conclusion différente. Les demandes d'asile, fussent-elles introduites par des membres d'une même famille, doivent être examinées individuellement. L'article 22 de la Constitution n'impose pas aux autorités de prévoir une jonction des demandes introduites par les membres d'une même famille, ni de prévoir que ces demandes doivent être examinées dans la même langue de procédure ou par la même chambre. Pour le surplus, le droit au respect de la vie privée et familiale est garanti dans les conditions prévues par la loi concernant le regroupement familial.

Cour d'appel de Bruxelles, 25 juin 2004 – http://www.cass.be/cgi_juris/jurf.pl, réf. 151M2003

Le repérage de communications téléphoniques nécessaire à la manifestation de la vérité est de nature à porter atteinte au respect de la vie privée et familiale, droit fondamental consacré par les articles 22 de la Constitution et 8 CEDH. L'article 88 bis du Code d'instruction criminelle a subordonné les pouvoirs du juge d'instruction en la matière à des conditions sévères afin de fournir à la personne qui fait l'objet de cette technique d'investigation une protection adéquate contre l'arbitraire. Cette disposition impose au juge d'instruction d'indiquer dans « une ordonnance motivée les circonstances de fait de la cause qui

justifient la mesure ». En l'espèce, l'ordonnance du 10 juin 2002 n'indique pas les circonstances de fait de la cause justifiant la mise en œuvre d'une telle mesure, sauf à énoncer sans autre précision, le but « d'identifier les auteurs de vols avec violence ». Dès lors que l'article 88bis du Code d'instruction criminelle vise explicitement « les moyens de télécommunication à partir desquels ou vers lesquels des appels sont adressés ou ont été adressés », les considérations qui précèdent concernent également les repérages relatifs à une période révolue au moment où le devoir est prescrit.

Articles 8 et 10 de la Convention**Cour de cassation, 1^{er} décembre 2004 – http://www.cass.be/cgi_juris/jurf.pl, réf. P041305F**

L'article 10 § 2 CEDH autorise des limitations à la liberté d'expression si elles sont prévues par la loi, si elles poursuivent un but légitime et si elles répondent à un impératif de proportionnalité. La perquisition et la saisie étant des mesures prévues par le Code d'instruction criminelle, ledit article n'interdit pas au juge de décider que, bien que pratiquées chez un journaliste professionnel, ces mesures poursuivent un but légitime dans la mesure où le juge d'instruction a été saisi de faits de corruption visant la divulgation d'informations

confidentielles et qu'elles visent à vérifier si la protection du secret s'applique à une source licite ou à une source illicite. Une visite domiciliaire ne s'avère pas irrégulière et n'est pas contraire aux articles 8 CEDH et 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques par le seul fait qu'elle concerne un journaliste professionnel, dès lors que l'instruction a été ouverte du chef de violation du secret professionnel et de corruption et que les juges ont constaté que ledit journaliste y était mis en cause comme auteur ou co-auteur.

Article 10 de la Convention**Cour d'appel de Bruxelles, 24 juin 2004 – http://www.cass.be/cgi_juris/jurf.pl, réf. 2000AR1626**

Toute limitation à la liberté d'expression doit, pour être valable, répondre aux trois conditions suivantes : l'ingérence doit être prévue par la

loi, viser un objectif légitime et être nécessaire dans une société démocratique.

La combinaison des articles 144 de la Constitution, 19 alinéa 2 du Code judiciaire et 1382

du Code civil permet au juge de prendre au provisoire, à l'égard de l'auteur d'un dommage, les mesures nécessaires pour prévenir un dommage illicite des droits subjectifs de la victime supposée et faire cesser l'état de chose qui cause le préjudice.

Le respect de la vie privée et de l'honneur est un objectif légitime. Dans certains cas, l'intervention préventive du juge sur la base de l'article 19, alinéa 2, du Code judiciaire est la seule solution efficace pour assurer la protection des droits

à l'honneur et à la vie privée, qui constituent un des fondements de la société démocratique. Toutefois l'intervention préventive du juge ne trouve sa légitimité que si elle se limite aux cas flagrants de violation des droits d'autrui. En l'espèce, l'injonction sollicitée visait à faire interdire au défendeur, personnellement ou par l'intermédiaire de ses avocats, de commettre tout acte écrit ou verbal ou autre de nature à jeter le discrédit sur lui ou pouvant constituer une menace, un chantage ou une dénonciation.

Articles 12 et 53 de la Convention

Cour d'arbitrage, 20 octobre 2004 – <http://www.arbitrage.be>, réf. n° 159/2004

Texte en cause : Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil.

Les articles 12 CEDH et 23-2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques imposent aux Etats qui sont parties à ces conventions l'obligation de reconnaître comme un mariage la communauté de vie d'un homme et d'une femme qui souhaitent se marier et qui remplissent les conditions posées par les lois nationales. Les dispositions conventionnelles invoquées – pas plus que l'article 23-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

– ne peuvent être interprétées en ce sens qu'elles obligeraient les Etats contractants à considérer la « dualité sexuelle fondamentale du genre humain » comme un fondement de leur ordre constitutionnel. Il résulte des articles 53 CEDH et 5-2 PIDCP que les articles 12 CEDH et 23-2 du PIDCP ne peuvent être interprétés en ce sens qu'ils empêcheraient des Etats qui sont parties aux conventions précitées d'accorder le droit garanti par ces dispositions aux personnes qui souhaitent exercer ce droit avec des personnes de même sexe.

Article 13 de la Convention et Article 2 du Protocole n° 7

Cour d'appel de Bruxelles, 22 mars 2004 – http://www.cass.be/cgi_juris/jurf.pl, réf. 183B2003

Il appartient au juge du fond d'apprécier si l'opposant s'est trouvé empêché par force majeure de faire opposition dans le délai légal ; il doit s'agir de circonstances indépendantes de la volonté de l'opposant et que cette volonté n'a pu conjurer. Appliquant mutatis mutandis à l'espèce, les principes dégagés par la Cour européenne des Droits de l'Homme en cause dans les affaires *Platakou c/ Grèce* et *Leoni c/ Italie*, l'arrêt, après avoir relevé l'absence de négligence du prévenu et le fait que l'huissier de justice – qui a qualité d'officier ministériel – est, en l'espèce, un mandataire obligé aux termes des articles 516 et 517 du Code judiciaire, considère qu'il convient de prendre en considération l'existence d'un

rapport raisonnable de proportionnalité entre les règles imposées en matière de recours et le but qu'elles visent. La cour observe qu'en l'espèce, les conséquences du manquement de l'huissier sont très malaisément réparables dès lors qu'il prive le prévenu d'une possibilité de faire, le cas échéant, reconnaître son innocence ou de faire valoir une cause de justification en sa faveur et, ainsi, d'échapper à une peine d'emprisonnement ou, à tout le moins, d'obtenir une réduction d'une telle peine. L'opposition, bien que signifiée tardivement, est, dès lors, déclarée recevable eu égard au cas de force majeure auquel le prévenu a été confronté à la suite d'un manquement de l'huissier de justice mandaté par son conseil.

Czech Republic/République tchèque

Article 6 of the Convention

Constitutional Court, 11 February 2004 – *Sbírka zákonů České Republiky*, vol. 153/2004 Coll., Part 52, pp. 2164-2170

The complainant, a natural person, filed, together with the constitutional complaint, a petition to annul § 243c para. 2 of Act No. 99/1963 Coll., the Civil Procedure Code (hereinafter referred to as "the Act"), permitting the Supreme

Court not to give any reasons at all in decisions on application for appellate review in case that the contested decision did not deal with a question of cardinal legal importance or that the application for appellate review was manifestly unfounded.

The petitioners claimed that in both kinds of cases regulated by this provision, where the Supreme Court could omit giving reasons, it was not a question of a mere procedural decision in the matter, but that the Supreme Court must preliminarily answer the question concerning the merits of the matter. They pointed out that one of the main tasks of the Supreme Court was to unify the case-law of lower courts through its interpretations of the law in individual cases. However, one could hardly speak of fulfilling this role in a case where the appellants were not even informed why there was not the issue of cardinal legal importance, or why the application for appellate review was manifestly unfounded.

The Constitutional Court decided to annul the provision in question. It stated that the main aim of adding the contested provision into the Act was removing unnecessary delays in the activity of courts. That aim was undoubtedly legitimate, but the means of attaining it should not come into conflict with the right of a party to court proceedings to fair and equal treatment which prevents arbitrariness. The Constitutional Court stressed that the appellant did not learn, even briefly, why the Supreme Court did not consider the question presented to it in the application for appellate review to be one of cardinal legal importance, respectively why it considered the application for appellate review to be manifestly unfounded. In this regard, the Supreme Court's decision was thus non-reviewable and in view of the position of the Constitutional Court, as well as of the Euro-

pean Court of Human Rights, the absence of any reasoning made it impossible to review, even roughly, the reasons for the decision. The Constitutional Court also stated that if the extraordinary reliefs were permitted, in a state governed by the rule of law their framework should be fundamentally identical for all types of court proceedings, or differ only if there were reasonable grounds for it. However, a comparison of the requirements which must be contained in a decision on an application for appellate review in civil and criminal proceedings, or the requirements which the Administrative Procedure Code required for decisions on a cassation complaint, showed significant differences. The party to the proceedings could not be treated differently unless reasonable grounds for such action were evident. According to the opinion of the Constitutional Court, stating brief reasons on which the Supreme Court based its denial decision could not significantly burden the Supreme Court, and thus they could not significantly influence the length of court proceedings. Restriction of the rights of a party to proceedings appeared to be manifestly disproportionate to the aim pursued. In this regard, the Constitutional Court referred to the decision of the European Court of Human Rights in the case of *Delcourt* (1970 A 11, § 25). The principles of a state governed by the rule of law (Art. 1 of the Constitution), as well as the principle of equality (Art. 1 of the Charter), as the Constitutional Court stated, had been violated.

Articles 8 and 14 of the Conven- tion

Constitutional Court, 9 March 2004 – *Sbírka zákonu České Republiky*, vol. 299/2004 Coll., Part 97, pp. 6234-6241

The Plenum of the Constitutional Court decided to dismiss the petition of a group of Deputies of the Chamber of Deputies of the Parliament of the Czech Republic proposing to annul part of § 11 para 3, which reads: "In setting the amount of a fine under Section 1, the region shall take into account, in particular, the nature, gravity, length and consequences of the unlawful conduct, as well as the proportionality of the amount of the fine in view of the property situation of the person who committed the unlawful conduct."

The petitioners mentioned that the aspect of the proportionality of the amount of a fine to the property situation of the person who committed the unlawful conduct was not expressed in other norms of the legal order of the Czech Republic, which regulated administrative infractions. It could not be permissible to establish an inequality between persons who committed unlawful conduct in various areas of public administration in this way. The petitioners claimed that the provision in question impermissibly interfered with the private sphere of individuals. Moreover, the

examination of the property situation was not related to the subject matter of the proceedings in which a penalty was imposed for unlawful conduct, so this amounted to unconstitutional gathering of data about the person who committed such conduct. The petitioners also pointed out that a law should not discriminate against a group of persons or privilege it in setting the amount of a fine for the same conduct.

The Constitutional Court rejected the argument according to which introducing the criterion of property situation into the decision making on the amount of a penalty led to possible discrimination based on property. The Court pointed out that it followed necessarily from the nature of a fine as a property-based penalty that it must reflect the punished party's property situation to be customised and proportional. The principle of relative equality would not be violated if two persons in different situations were given fines of different amounts, although the only difference in their situations could be different property situations. Fines, as a punishment, must

be differentiated in order to function as a punishment and as a deterrent (individual and general prevention). The Constitutional Court also referred to its decision No. Pl. ÚS 3/02, in which it had stated that “a fine may be compatible with Art. 11 of the Charter and Art. 1 of the Protocol if it permits – at least to a certain degree – taking into account the offender’s property situation”.

Article 1 of Protocol No. 1

Constitutional Court, 9 March 2004 – *Sbírka zákonu České Republiky*, vol. 278/2004 Coll., Part 89, pp. 5825-5833

The Constitutional Court decided, in the matter of a petition submitted by the District Court in Příbram, to annul Part Two (Art. II.) of Act No. 229/2001 Coll., Amending Act No. 219/2000 Coll., on the Property of the Czech Republic and its Representation in Legal Relations, as amended by Act No. 492/2000 Coll. The petitioner stated that, as of 1 July 2000, the subjects listed in § 879c of the Civil Code were given the right to request that their right of use be converted into ownership and that this right remained in existence until 30 June 2001, inclusive. The subrogation of the cited provision (by Part Two, Art. II. of Act No. 229/2001 Coll.) became effective on 30 June 2001. It did not result in the deprivation of property of the mentioned subjects (that would have come into being only as of 1 July 2001). However, they were deprived, with retrospective effect, of the right to request the conversion of their right of use into property. This was an already-acquired right in the sense of Art. 1 of the Constitution of the Czech Republic. All subjects fulfilling the requirements of § 879c of the Civil Code were disadvantaged by the subrogation of this provision because they were deprived of a right that had already been granted by law, that is, the right to the creation of a right to own property. Constitutional Court referred to the case-law of the European Court for Human Rights relating to the application of Art. 1 of Protocol No. 1 ECHR (*J. Broniowski v. Poland*; *Gratzinger and Gratzingerová v. Czech Republic*, 2002; *Zvolský and Zvolská v. the Czech Republic*, 2001; *Beyeler v. Italy*, 2000). It stated that the object of protection in the mentioned article was not only acquired property, but also the legitimate expectation of the acquisition of such property. It

The Constitutional Court also did not conclude that examination of property situation by a regional body was an unconstitutional interference with the privacy of a natural person who was an entrepreneur or unauthorised gathering of data about that person, and that it thus violated Art. 7 § 1, and Art. 10, §§ 2 and 3 of the Charter.

was undisputed that each of the subjects who, up until 30 June 2001, had abided by the rules in § 879c of the Civil Code, had such legitimate expectation. They did not acquire the property solely due to the fact that the legislator acted arbitrarily by changing the rules one day before the lapse of the mentioned one-year period. The Constitutional Court came to the conclusion that the manner in which the legislator proceeded constituted an encroachment upon the legitimate expectations of the above-mentioned subjects, in the sense of Article 1 of Protocol No. 1 ECHR. Thus, the Constitutional Court reviewed whether this encroachment was conditioned by the existence of a public interest. It stressed that it was a matter for the State to grant one group less advantages than another. However, it must not proceed arbitrarily, and it must be clear from its decision that it was acting in the public interest. The contested amendment changed the equal status of the affected subjects, which had continued to exist until 30 June 2001, into that of inequality among individual groups of these subjects. In the Constitutional Court’s conclusion, that inequality did not correspond to any public interest. The Constitutional Court was also persuaded that the contested provisions of Act No. 229/2001 Coll. did not meet the criteria of legality, especially not the principle of foreseeability and that the legislator’s encroachment exhibited strong features of arbitrariness. The Constitutional Court decided to grant the petition and it annulled the contested provision due to its conflict with Art. 1 of Protocol No. 1 ECHR, with Article 1 § 1 of the Czech Constitution, and with Article 1 of the Charter of Fundamental Rights and Basic Freedoms.

Constitutional Court – *Sbírka zákonu České Republiky*, vol. 300/2004 Coll., Part 97, pp. 6242-6244

The Plenum of the Constitutional Court decided, in the matter of a petition received from the Regional Court in Ústí nad Labem – Liberec branch, to annul the words “from CZK 200 000” in § 106 par. 2 of Act No. 50/1976 Coll., on Planning and on the Building Code (the Building Act), as amended by Act No. 83/1998 Coll. (the “Building Act”, hereinafter referred to as “Act”).

The petitioner believed that the words “from CZK 200 000” in the contested provision, setting the lowest fine for defined infractions in the building field, were incompatible with Articles 1 of the Constitution, 1 and 11 § 1 of the Charter and 1 of Protocol No. 1 ECHR.

The Constitutional court referred to its judgment No. Pl. ÚS 3/02 (no. 405/2002 Coll.)

on a petition from the Regional Court in Hradec Králové to annul the words “from CZK 500 000” in § 106 par. 3 of the Building Act. In that judgment, the Constitutional Court stated that incorporating a minimal penalty amount into the statute pursued a legitimate aim because this permitted distinguishing the gravity or danger of various types of unlawful conduct far more clearly than was possible by setting only an upper limit. It also limited the room for administrative discretion by the relevant state bodies. However, it also equalised the gravity of various unlawful conduct, which led to limiting the ability of the administrative body to take into account the specific circumstances of the case, the person of the offender and his economic level. The Constitutional Court concluded that under certain circumstances a fine could amount to interference in a fundamental

right under Article 11 § 1 of the Charter. A fine could be considered interference with a constitutional law dimension if it interfered with an individual’s property relationships with considerable intensity. According to the Constitutional Court, a minimum fine of CZK 200 000 for offences defined in § 106 par. 2 of the Act could, in many cases, be just as liquidatory as a fine of CZK 500 000 for offences which the legislature considered “more serious”, defined in § 106 para. 3 of the Building Act. The Constitutional Court decided that the contested provision was incompatible with the principles of a state governed by the rule of law and was inconsistent with Articles 1 and 11 § 1 of the Charter and 1 of the Additional Protocol ECHR. Therefore, the Constitutional Court annulled it.

Constitutional Court, 18 August 2004 – Sbírka zákonů České Republiky, vol. 512/2004 Coll., Part 177, pp. 9903-9917

The Constitutional Court decided on the matter of a petition submitted by a group of Senators to annul the Ministry of Finance Regulation No. 487/2001 Coll., Amending the Ministry of Finance Regulation No. 125/1993 Coll., Fixing Conditions and Rates of Compulsory Insurance of Employers’ Liability for Damage Caused in Relation to Work Injury and Occupational Disease (hereinafter referred to as “the regulation”).

According to the petition, the Ministry of Finance did not comply with appropriate legislative procedure when adopting the regulation. The regulation also contravenes the constitutional principles of equality and proportionality. The premium was not increased equally according to the regulation (a 4-fold increase in certain economic activities compared to an increase by only ¼ in the other) and these differences are not justified. Consequently, some employers have been burdened more than others. In his statement to the petition, The Minister of Finance suggested to annul § 205d of the Labour Code and regulation No. 125/1993 Coll.

The Constitutional Court rejected the petition of the Minister of Finance as a petition submitted by a person who was clearly not authorised to submit it and dismissed the petition of the Senators. As far as the first objection is concerned, the Constitutional Court decided that the regulation had been adopted and issued within the competence set in the Constitution and in the way prescribed by it. As to the second objection, the Constitutional Court referred to its previous judgments regarding the principle of equality and generally also to judgments of the European Court of Human Rights relating to Article 1 of Protocol No. 1 ECHR (concerning the protection of possessions in the field of taxes, fees and financial sanctions). However, the Constitutional Court did not find that Article 1 of the First Protocol (or similar provision in Article 11 of the Czech Charter of Fundamental Rights and Freedoms) had been violated by the regulation. The difference in premium rates corresponded with the aim of the legal regulation in question and the regulation did not have any confiscating impact on employers’ property.

Denmark/Danemark

Articles 6 and 14 of the Convention

Supreme Court, 7 January 2004, Ref U.2002.976/2H

It was decided by judgment of 21 February 2003 by the Eastern High Court that a withdrawal of a taxicab owner license was valid. When appealing to the Supreme Court the secretary calculated the court fee to the amount of 45 570 DKK by fixing the value to the case to 1 500 000

in accordance with the Administration of Justice Act section 228. A argued that the object of the case was not money and the calculation could not be by way of section 228 in the Administration of Justice Act and that the calculation violated Articles 6 and 14 ECHR.

The Supreme Court maintained that the case dealt with money or the value of money and that the court fee was calculated in accordance

with law and that the fee did not, therefore, violate articles 6 and 14 ECHR.

Article 8 of the Convention

Eastern High Court, 7 June, 2004, Ref U.2004.2536Ø

An under-age Bosnian citizen was sentenced to one year and nine months imprisonment for attempted robbery and assault according to the Criminal Code section 245 committed with an unidentified participant. Six months before the crime T was sentenced to one year imprisonment, of which six months were conditional discharge, for having participated in two robberies. The accused arrived in Denmark as an 8 year old along with his parents and his brother, with whom he still was residing. T had attended school in Denmark, he did not know the language of his native country and since T's arrival in Denmark he had

not visited his native country where only a distant relative, with whom the accused had no contact, was residing.

The court assessed the accused to have an adequate attachment to the Danish society; hence decisive considerations should be taken to The Aliens Act section 26 and the principle of proportionality according to Article 8 ECHR. Under these circumstances there was no ground for the expulsion of T.

None the less, neither these circumstances nor Article 8 § 1 ECHR could result in a reversal of D's decision.

Article 10 of the Convention

Supreme Court, 28 May 2004, Ref U.2004.2179H

A, who's property was placed in the so-called country zone, was denied permission to build a 18 meter high antenna mast for private use, as the antenna in the Complaint Board's opinion would disfigure the landscape. The Western High Court stated that the right to communicate with other antenna amateurs in Denmark and other countries was protected by

Article 10 ECHR. The court found, however, that the denial of permission was justified according to Article 10 § 2 ECHR due to the protection of other's rights. There were no grounds for stating that the denial discriminated A in relation to other owners in the area. The Supreme Court upheld the decision of the Western High Court.

Supreme Court, 15 April 2004, Ref U.2004.1773H

An employee at a kindergarten, B, was initially convicted of four cases of sexual harassment against four kindergarten children at the City Court, but by verdict of 30 August 2000 he was acquitted of the charges at the Supreme Court. A newspaper, C, brought comments from one of the mothers of one of the harassed children on 1 September 2000 on the front page and in an article insinuating that B may be guilty. On the front page it said: "Unhappy mother after sex-acquittal. I want him denounced as a paedophile". In the article it was insinuated that the main reason why B was acquitted was the fact that the evidence given by the children on video was not allowed to be shown in court. Similar comments were made in an article in an article on 5 September.

B took legal action against A, who was the editor in chief of newspaper C, for defamation.

The Supreme Court proclaimed that not every criticism of an acquittal can be viewed as an illegal indictment against the acquitted. If such a criticism is to be deemed unlawful, it must be assessed when, by whom and at who the criticism is

directed as well as the background, substance and form of the criticism.

The Supreme Court was of the opinion that the front page and the articles mainly depicted comments made by the mother. However, the article brought on 1 September had textual parts which could raise doubt whether the question of guilty in reality was based on the journalist's own point of view. This uncertainty was criticised but there was not basis for assuming that the articles as such expressed C's view of the question of guilt. The Supreme Court emphasised in addition to this, that the articles were brought in a spectacular way.

However, importance was attached to the fact that B's name was not mentioned and that the press and the mother's reaction was well-founded as part of a public debate concerning problems of evidence in cases of sexual harassment against children.

Following a joint assessment and an interpretation of the Criminal Code-267-1 in the light of Article 10 ECHR the Supreme Court found that A had not committed a criminal defamation.

Supreme Court, 6 January 2004, Ref U.2004.976/1H

By verdict of 23 September 2003 T was sentenced by the High Court to imprisonment for

life for the killing of his former wife and his grandchild's father. The verdict was appealed to

the Supreme Court. While T was remanded two journalists asked for permission to interview and photograph him for the use of a series of articles focusing of the murder of women, which was to be published after the conviction by the Supreme Court. The Director of Public Prosecutors did not grant permission and T appealed this decision to the Supreme Court.

The Supreme Court remarked that, as a starting point, it would be contrary to the

purpose of remanded custody – and therefore also the sense of justice – if a remanded prisoner, before final conviction, has the opportunity to address the public, through the press, and speak of those deeds covered by the case.

There were no grounds for deviating from this starting point and as the rejection was not deemed to be contrary to Article 10 ECHR, the Supreme Court upheld the decision to reject the application.

Articles 10 and 14 of the Convention

Western High Court, 5 February 2004, Ref U.2004.1360V

The accused, T, had disseminated an e-mail to 44 members of Parliament in which he expressed his opinion concerning refugees and immigrants. It was assumed by the Court, that T's statements concerned immigrants and asylum seekers with a non-Danish ethnicity resident in Denmark and therefore covered by the Criminal Code section 266 b § 1. The statements did not hold threats, the question in focus was whether the statements were insulting or humiliating in relation to a group of people on the basis of their race, colour, national or ethnic origin. Among other things, the statements urged the politicians to combat "the genocide of Danes, the destruction of Danish culture and the ethnic cleansing of Danes" and furthermore referred to immigrants

and asylum seekers as "semi-criminals" and "subversive individuals".

Some of the statements were found to be in violation of the Criminal Code section 266 b § 1. The High Court noticed that the elements of the crime as stipulated in the Criminal Code section 266b must be fixed in consideration to the right to freedom of speech.

Although the statements were put forward as part of a political debate concerning immigrants, which was an important issue in Danish society, and therefore generally protected in the light of Article 10 ECHR, this could not result in exemption for punishment. T was sentenced to ten day fines of 400 DKK (€530).

Finland/Finlande

Article 5 of the Convention

Supreme Court, 27 January 2004 – Decisions of the Supreme Court, Vol. I, pp. 37-42 – Report No. 176; R2003/300, Ref. KKO 2004:7 – FINLEX (<http://www.finlex.fi/>)

A had been detained on the basis of the Aliens Act. The court of first instance had twice decided to continue his detention. Section 60 Aliens Act (378/1991) prescribed that, with a few exceptions, decisions made under the Act were not subject to appeal. The exceptions did not include a decision on detention made by a court of first instance. However, extraordinary appeal under the Code of Judicial Procedure was possible in the form of a complaint on the basis of a grave procedural error. In A's case the question was whether it was possible to file a complaint on the grounds that there were no reasons for the detention as prescribed by law.

The Supreme Court first recalled the amendments made to the previous Aliens Act (400/1983) in order for national legislation to correspond to the ECHR and its provisions concerning deprivations of liberty. In 1990, a provision was added to the Aliens Act according to which it was possible for a detained person to file a complaint against a decision concerning his

or her detention in order for a higher court to review the reasons for detention. Such a provision was not included in the later Aliens Act (378/1991) which was in force when A's case was pending. However, the Supreme Court referred to the Government Bill to the Aliens Act, according to which previous amendments required by the ECHR were included in the proposed Act. It was not explicitly said in the Government Bill that the drafters intended to leave out the possibility of complaint from the new Act. Furthermore, the Supreme Court was of the opinion that it was possible to interpret the restrictions to the right of appeal in section 60 Aliens Act to the effect that they only applied to decisions made by administrative authorities and administrative courts and not to decisions by general courts. The Court ruled that section 60 did not prevent the possibility of appeal against the decision on detention made by a court of first instance: the question was left open in the Act.

The Supreme Court then referred to section 21-2 Constitution Act concerning the right of appeal and to the fact that detention constituted serious interference with the liberty and security of a person. The Aliens Act did not prescribe any maximum duration for the time in detention. A court of first instance had a duty to reconsider its decision on detention at two-week intervals. In the Supreme Court's opinion this did not correspond to a possibility to have a decision reviewed by a higher court. Therefore, in the Court's view, it was reasonable that a detained person should have a right to have the grounds for his or her detention reviewed by a higher court. The Court then referred to legislation concerning general

courts and pointed out that the need for swift legal safeguards in cases concerning personal liberty was taken care of by means of a right of filing a complaint. No time limit was prescribed for filing such a complaint. The Supreme Court ruled that also in the case of the Aliens Act it was possible to file a complaint against the decision on detention made by a court of first instance on the grounds that there were no reasons for the detention as prescribed by law.

The court of appeal had rejected A's complaint as it was not made on the basis of a grave procedural error. One justice of the court dissented. His reasoning corresponded to that of the Supreme Court.

Supreme Court, 21 December 2004 – Decisions of the Supreme Court, Vol. I, pp. 150-158 – Report No. 2997; R2003/886, Ref. KKO 2004:128 – FINLEX (<http://www.finlex.fi>)

X had been absent from a main hearing in two different criminal cases against him. The court of first instance had ordered that X was to be detained when caught as his apparent intention was to avoid trial. X was later apprehended and sent to prison, in order to enforce both a sentence of imprisonment imposed by a court of appeal in an earlier case against X and the warrant for detention issued by the court of first instance. Having served his sentence X was released from prison but was almost immediately arrested again on the grounds that there was reasonable cause to believe that he would try to avoid trial in the cases pending before the court of first instance. The Coercive Measures Act provides that if a court has issued a warrant for the detention of a suspect absent from a hearing, the court shall be immediately notified of the enforcement of the warrant and shall review the grounds of the detention within four days from the detention at the latest. X's detention on the basis of the warrant issued by the first instance court was not reviewed until 22 days after the enforcement of the warrant, that is after he had served his sentence and was re-arrested.

The Supreme Court ruled that as the court had not reversed the warrant for X's detention, it was still in force when X was released from

prison. Considering what had been shown in the matter the Supreme Court saw that there was reasonable cause to believe that X would try to avoid trial and therefore there were legitimate grounds for his detention as provided for in the Coercive Measures Act. The Supreme Court then assessed whether X's detention was unreasonable having regard to the particulars of the case, X's age or his other personal circumstances. The Court found that X had not been granted the minimum legal safeguards applicable in a situation where a convicted prisoner is at the same time also a prisoner on remand. In the Court's opinion, X should have been able to rely on it that the lawfulness of his detention is immediately reviewed by a court ex officio and that he is heard in the process. The fact that X could have referred to Article 5 § 4 ECHR and requested on his own initiative that the lawfulness of his detention is reviewed by a court did not constitute a sufficient legal safeguard in this case. The Court also pointed out that the fact that X had first been released and then almost immediately detained again may have caused him unnecessary suffering. However, the Supreme Court concluded that in spite of these circumstances the continuation of X's detention could not be regarded as unreasonable as prescribed in the Coercive Measures Act.

Article 6 of the Convention

Supreme Court, 22 March 2004 – Decisions of the Supreme Court, Vol. I, pp. 150-158 – Report No. 630; R2002/366, Ref. KKO 2004:24 – FINLEX (<http://www.finlex.fi>)

A was charged for having sold large amounts of goods which had allegedly been stolen. A denied that the goods had been gained through an offence but did not wish to clarify how he had obtained them. In A's opinion, it had not been shown that the goods had been stolen and therefore he could not be charged with concealment of illegally obtained goods.

In its decision the Supreme Court referred to the Code of Judicial Procedure and quoted also the decisions of the European Court of Human Rights in the cases of John Murray v. the United Kingdom (8 February 1996) and Averill v. the United Kingdom (6 June 2000). The Supreme Court pointed out that the right to remain silent lays at the heart of the right to a fair trial. The

accused has no duty to contribute to the clarification of the case against him or her. The court may consider what effect the accused's silence has as evidence, but a conviction cannot be solely or mainly based on the accused's silence or a refusal to answer questions. However, the right to remain silent cannot or should not prevent the accused's silence, in situations which clearly call for an explanation from him or her, from being taken into account when assessing the persuasiveness of the evidence adduced by the prosecution.

Supreme Court, 15 April 2004 – Decisions of the Supreme Court, Vol. I, pp. 269-273 – Report No. 853; VA2003/45, Ref. KKO 2004:42 – FINLEX (<http://www.finlex.fi/>)

An unemployment fund had granted A certain unemployment benefits. It turned out later that A had in fact been self-employed during that time. At the request of the unemployment fund, the Insurance Court had cancelled the decisions by which the fund had granted the benefits. The matter was returned to the unemployment fund for a new consideration. The fund made a new decision which was not favourable to A. A appealed against the decision to the Insurance Court. One member of the Insurance Court, B, participated in the consideration of A's case on both occasions. A appealed against the latter decision of the Insurance Court to the Supreme Court on the grounds that there was reason to doubt B's impartiality.

The Supreme Court decided the case on the basis of the Code of Judicial Procedure and its provisions concerning the disqualification of judges, Article 6 ECHR and the case-law of the European Court of Human Rights. With reference to the case of *Gautrin and Others v. France* (20 May 1998) the Supreme Court pointed out that a judge is assumed to fulfil the requirements of subjective impartiality unless proven otherwise. The Supreme Court ruled that in the absence of any proof there was no reason to doubt B's personal impartiality.

B was a lay member of the Insurance Court and had been appointed to the task at the sugges-

The Supreme Court concluded that, considering the evidence as a whole, the possibility had been excluded that A could have obtained the goods by any other means than through an offence. A had not presented any evidence against this conclusion, though he would have had the possibility to do so. The Supreme Court agreed with the lower courts and considered that A could be charged with the concealment and re-sale of illegally obtained goods.

tion of the leading employers' associations in order to deal with specific cases pertaining to the Unemployment Security Act. A claimed that B was thus a representative of A's adversary and may have acted in the adversary's interests. The Supreme Court referred, among other things, to the *Langborger* case (22 June 1989) and pointed out that the fact that a member of a court is nominated at the suggestion of certain interest groups is not as such contrary to Article 6 ECHR. The Court concluded that B's participation in the handling of A's appeal had not jeopardised the objective impartiality of the proceedings.

Finally, the Supreme Court ruled that the fact that B had previously dealt with an issue concerning A did not as such disqualify him from handling A's later appeal. The Court referred to the cases of *Morel v. France* (6 June 2000) and *Depiets v. France* (10 February 2004). It concluded that in A's case the Insurance Court had dealt with two separate legal issues and the court's decision on each case was not based on the same evidence. In the earlier proceedings, B could have received information about A's case in general. However, A's claim that B had a preconception as to how A's later appeal should be decided could not be regarded as objectively justified. The Supreme Court rejected A's appeal.

Supreme Court, 1 October 2004 – Report No. 2202; R2003/970, Ref. KKO 2004:94 – FINLEX (<http://www.finlex.fi/>)

When considering A's appeal, the court of appeal had ordered A to attend the main hearing personally under the threat that the case shall otherwise be discontinued. A did not show up at the main hearing but sent his counsel who could not give any legitimate cause for A's absence. On the basis of Chapter 26, section 20-1 Code of Judicial Procedure, the court decided that the case is discontinued. A appealed to the Supreme Court and claimed that the court of appeal had acted in breach of Article 6 § 3c ECHR. A had been

present at the main hearing through his counsel. The court's decision thus violated A's right to defend himself through legal assistance. As a court's decision to discontinue a case is not subject to appeal, the Supreme Court considered A's case as an extraordinary appeal.

The Supreme Court discussed, among other things, situations in which the case can be considered only when the appellant is present, and those in which the appellant has a right to defend himself or herself by using legal assistance of his

or her own choosing. The Court also took notice of the decisions of the European Court of Human Rights in the cases of *Poitrimol v. France* (23 November 1993), *Lala v. the Netherlands* and *Pel-ladoah v. the Netherlands* (22 September 1994), *Van Geyseghem v. Belgium* (21 January 1999), *Van Pelt v. France* (23 May 2000) and *Goedhart v. Belgium* (20 March 2001). In these cases the national court had given its decision on the merits despite the absence of the defendant or appellant, and counsel had not been given the opportunity to appear on the defendant's or appellant's behalf. The decisions were not specifically concerning the discontinuation of a case.

The Supreme Court pointed out that it did not follow from the wording of Chapter 26, section 20-1, that a case should always be discontinued when the appellant is absent from the main hearing despite being ordered to attend. The court should consider whether it is justified to assess some specific questions in the case by

hearing the appellant's counsel only. If it then turns out that it is not necessary to hear the appellant after all, the case should not be discontinued though the appellant is absent. However, in A's case the court of appeal could not have reassessed A's guilt without hearing him personally. Therefore, the court's decision to discontinue the case on the basis of the Code of Judicial Procedure was correct. The Supreme Court also ruled that on the basis of the case-law of the European Court of Human Rights it could not be concluded that the possibility to discontinue a case would be contrary to Article 6 § 3c ECHR. One concurring justice agreed that a court should have the right to order an appellant to attend the main hearing personally. However, in his view, placing the appellant under a threat that the case is discontinued, if the appellant is absent, and interpreting this order very strictly, may be problematic with regard to the appellant's rights of defence.

Article 7 of the Convention

Supreme Court, 19 May 2004 – Decisions of the Supreme Court, Vol. I, pp. 284-293 – Report No. 1093; R2002/688, Ref. KKO 2004:46 – FINLEX (<http://www.finlex.fi>)

The case was concerning a tax violation under Chapter 29, section 4 of the Penal Code. The question was whether the term “insolvency”, which the provisions refers to, could be interpreted differently as compared to the interpretation of the same term in other contexts in the Penal Code, in particular, dishonesty by a debtor under Chapter 39, section 1 of the Penal Code.

The Supreme Court noted that it is not exceptional in legislation that a term is bound to its context. It is more problematic if different meanings are given to a term within the framework of one and the same Act. In the Supreme Court's opinion, the requirement for accuracy of penal provisions could not be interpreted so strictly as to completely exclude the possibility of giving

various meanings to a term, when the norms refer to different types of offences and the interests protected by the penalisation of the specific acts are different. The Court was also of the opinion that it was not contrary to the principle of legality when penal provisions were clarified and specified through case-law. Here the Court referred to the European Court of Human Rights and the case of *C.R. v. the United Kingdom* (22 November 1995).

The Supreme Court concluded that the term “insolvency” in the context of a tax violation could be interpreted as it had been established in case-law, although this interpretation differed from the interpretation of the same term in the context of dishonesty by a debtor.

Article 8 of the Convention

Supreme Court, 4 June 2004 – Decisions of the Supreme Court, Vol. I, pp. 348-352 – Report No. 1309; VA2002/226, Ref. KKO 2004:55 – FINLEX (<http://www.finlex.fi/>)

A had appealed against the decision of an insurance company concerning her disability allowance. The appeal board rejected the appeal, and so did the Insurance Court, by its decision of 3 November 1992. A presented new medical reports and appealed against the decision twice. Both appeals were rejected by the Insurance Court, on 20 October 1995 and on 13 March 2001. A then requested that the Insurance Court declares all three decisions void. She based her request on the decision of the European Court of Human Rights of 31 May 2001 (*K.P. v. Finland*). This case involved A and, among other things, the

Insurance Court's decisions of November 1992 and October 1995. The European Court of Human Rights found a violation of Article 6 § 1, as the Insurance Court had not communicated the opinions of the insurance company to A prior to deciding on her appeals.

The Insurance Court rejected A's request. It pointed out that, in accordance with Article 6 § 1 ECHR, A had been heard prior to the decision of 13 March 2001. In the court's opinion, the procedural errors the European Court of Human Rights had found concerning the first two decisions had no effect with regard to the outcome of

the case. The court found no especially weighty reasons, as prescribed in law, to declare the decisions void.

The Supreme Court took a different view. According to the Court, when a previous decision is not amended on the basis of new evidence, that decision may affect the new decision in the case. The first two decisions in A's case were contrary to law because of procedural errors. This situa-

tion was not remedied by the decision of March 2001, because of the fact that the two previous decisions may have affected the outcome of the latter decision. The Supreme Court concluded that there were especially weighty reasons to declare all three decisions void. The case was returned to the Insurance Court for a new consideration.

Articles 8 and 10 of the Convention

Helsinki Court of Appeal, 17 November 2003 – Report No. 342, S01/2784, Ref. KHO 2004:88 – FINLEX (<http://www.finlex.fi/>)

Journalist A had written several newspaper articles in which company X had been connected with suspicions of tax offences. The director of the National Board of Taxation, B, was a shareholder and holder of procuration in the company and the brother-in-law of the principal owners of the company, C and D. The suspicions of tax offences were investigated but no one was charged. C and D claimed that the newspaper articles had violated their honour and privacy and had caused financial damage to the company. They brought an action for damages against the newspaper. The court of first instance ordered the newspaper to pay damages, but the court of appeal quashed the decision.

The court of appeal discussed at length the various aspects of freedom of expression, referring also to the case-law of the European Court of Human Rights, including the cases of *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* (20 May 1999), *Bergens Tidende and Others v. Norway* (2 May 2000), *Castells v. Spain* (23 April 1992), *Goodwin v. the United Kingdom* (27 March 1996), *Colombani and Others v. France* (25 June 2002) and *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom* (13 July 1995). Against the background of this discussion, the court concluded that considering B's prominent social position, A had a right – perhaps even a duty – to write about issues relating to the activities and taxation of company X.

When discussing whether A was guilty of defamation, the court of appeal observed that the articles written by A contained statements which were untrue and gave the reader a wrong impression of the situation. The court found this reprehensible and incompatible with the requirements set for the task of the press as a “public watchdog” in a democratic society. However, in the court's opinion the contents of the articles did not fulfil the essential elements of defamation as defined in the Penal Code. The court found that, on the basis of the evidence presented in the case, there had been reason to believe that tax offences had been committed. Most of the statements in the articles were based on information received from authorities. A's purpose was not to harm the rep-

utation of the company or its owners but to bring out B's connection to, in A's view suspicious, decisions concerning taxation. In the court's opinion, this was a significant matter of public interest and bringing it forth was important.

Regarding the alleged violation of the right to privacy, the court of appeal noted that it was impossible in practice to write about B and company X without disclosing the name of the company, the names of its principal owners or the relationship between B, C and D. As entrepreneurs, C and D had a duty to tolerate publicity and criticism based on facts. The court concluded that the newspaper articles did not amount to a violation of the right to privacy as defined in the Penal Code.

As for negligent causing of damages the court repeated its statement concerning the to some extent untruthful and biased contents of the articles. A was an experienced journalist, and the articles had been published in a most widely-read national newspaper which was generally considered as reliable. The newspaper would have had the means to check the information given in the articles. The court of appeal ruled that A had, by negligence and by acting contrary to good journalistic practice, caused damage to company X. However, in the court's opinion, there were no especially weighty reasons, as required by the Tort Liability Act, to order the newspaper to pay damages. The court pointed out that this was an important matter of public interest, that the main issue in the articles (suspicions of tax offences) was a pertinent one and that the damage caused, as assessed by the court, was not extensive. In the court's view, ordering the newspaper to pay damages would not have led to a fair end result in this case.

The decision is final, as the Supreme Court did not grant leave to appeal in the case (decision of 6 October 2004, No. 2229, S2004/69). In its decision, the court of first instance emphasised the duty of the press to impart reliable and accurate information as well as the right of all parties involved to have their views published. The court found that A had been fully aware that the articles were not completely truthful and that they would

harm the company and its owners. Moreover, the court assessed the damage caused as far more ex-

tensive than the court of appeal did in its own assessment.

Article 10 of the Convention

Supreme Court, 26 March 2004 – Decisions of the Supreme Court, Vol. I, pp. 183-193 – Report No. 0687; R2003/614, Ref. KKO 2004:30 – FINLEX (<http://www.finlex.fi>)

An anonymous writer had published a text on the Internet. Later, publishing house X published an edited version of the same text. The author used a pseudonym. B claimed that parts of the Internet publication constituted libel and asked the police to investigate the matter. The managing director of the publishing house, A, was heard as a witness. The police asked the court of first instance to order A to disclose the identity of the author of the Internet publication. A refused, referring among other things to the protection of journalistic sources as provided for in Chapter 17, section 24-2 of the Code of Judicial Procedure. Both the court of first instance and the court of appeal ruled that section 24-2 was explicitly concerning periodicals, not books or Internet publications. The court of appeal also assessed the case in the light of Article 10 ECHR and the Constitution Act, comparing the protection of private life with freedom of expression and discussing also the possibility of restrictions to these rights. It concluded that the statements concerning B made in the Internet publication may have caused considerable damage to B's reputation. Therefore, B's need to find out the author of the libellous text was necessary and constituted justified grounds to restrict A's freedom of expression.

The Supreme Court pointed out that in the light of the Constitution Act and the ECHR it was not clear whether section 24-2 could be interpreted literally so as to apply to periodicals only. With reference to the cases of *Goodwin v. the United Kingdom* (27 March 1996) and *Roemen and Schmit v. Luxembourg* (25 February 2003), the Supreme Court noted that the European Court of Human Rights has emphasised the importance of the protection of journalistic sources for freedom of expression. Furthermore, the Supreme Court took account of the fact that Article 10 ECHR does not distinguish between various forms of expression. According to the case-law of the European Court of Human Rights, obligations pertaining to freedom of expression cover in principle all communication regardless of its form. The Supreme Court gave as an example the case of *Müller and Others* (24

May 1988). On the other hand, freedom of expression under Article 10 ECHR may be subject to restrictions, and therefore the protection of journalistic sources may be restricted if necessary for the protection of the rights of others, for example, in order to solve a serious crime. The Supreme Court concluded that despite this possibility of national discretion, no distinction should be made between various forms of communication when assessing the extent of the protection of journalistic sources.

The Supreme Court then drew attention to the fact that the circumstances had changed since the court of appeal gave its decision in this case. The new Act on the Exercise of Freedom of Expression in Mass Media (460/2003) had entered into force. At the same time, Chapter 17, section 24-2 of the Code of Judicial Procedure had been amended. Through the new provisions the protection of journalistic sources was expanded to cover all forms of communication equally. According to the new Act, the publisher of a message provided to the public is entitled to maintain the confidentiality of the source of information in the message. The amended section 24-2 provides that as a witness the publisher of a message has a right to refuse to answer the question as to who has given the information which the message is based on or any question which cannot be answered without disclosing the information source. The transitional provisions of the new Act do not restrict the application of the Act to messages published after the entry into force of the Act only. The Supreme Court concluded that the Act was thus applicable to A's case and that A could not be obligated to disclose the author of the Internet publication.

One concurring justice of the Supreme Court found that even before the entry into force of the new Act and the amendment of the Code of Judicial Procedure, section 24-2 could on the basis of the Constitution Act and Article 10 ECHR be interpreted expansively to cover not only periodicals but also books and other publications.

Helsinki Court of Appeal, 12 February 2004 – Report No. 511, R02/1938 – FINLEX (<http://www.finlex.fi>)

A newspaper had published an article which included an interview with X. X had, among other things, been convicted of economic offences, and at the time of the interview there were two other

cases concerning economic offences pending against him. These facts were mentioned in the newspaper article. In the interview, X told that he had applied for an annulment of a decision of the

Helsinki Court of Appeal in one of the cases against him on the grounds that one of the judges who had decided the case should have been disqualified. The judge's name was not mentioned. X claimed that the judge was his enemy because X had on a previous occasion criticised the judge and his actions. X had also told earlier that the judge had taken a bribe by accepting a free luxury trip from a person who was suspected of a bankruptcy offence. In the newspaper article it was mentioned that the judge had wanted to bring charges against X for defamation but the prosecutor had decided not to prosecute. The judge to whom the article referred, A, brought charges for defamation against the newspaper and the journalist who had written the article. The accusations in the article were false. A had not taken the alleged bribe nor brought charges against X. Although the judge's identity had not been revealed in the article, it had become known to some persons at A's work place at the Helsinki Court of Appeal and this had caused some inconvenience for A.

The court of first instance sentenced the newspaper and the journalist for defamation. In the court's view, a claim that a judge has accepted a bribe was an important matter of public interest which had to be publicised provided that there was sufficient factual basis for that claim. However, in this case the facts had not been checked and A's views had not been heard. The court found that on the basis of the information given in the article and with the help of the registers of the Helsinki Court of Appeal it had been possible for those who worked at the court and also for others interested to identify the judge the article was referring to, and this had caused damage to A. In its decision, the court of first instance referred, among other provisions, to sections 10 (right to privacy) and 12 (freedom of expression) of the Constitution Act, Article 19 CCPR and Article 10 ECHR. One lay member of the court would have dismissed the charges as being contrary to the freedom of expression, the Constitution Act and the EU Charter of Fundamental Rights.

Both parties appealed to the court of appeal. In its decision, the court of appeal discussed at length the case-law of the European Court of

Human Rights and in particular the cases of *Barfod* (22 February 1989), *Jersild v. Denmark* (23 September 1994), *Prager and Oberschlick v. Austria* (26 April 1995), *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* (20 May 1999), *Dalban v. Romania* (28 September 1999), *Bergens Tidende and Others v. Norway* (2 May 2000), *Colombani and Others v. France* (25 June 2002), *Pasalaris v. Greece* (4 July 2002), *Harlanova v. Latvia* (3 April 2003), *Perna v. Italy* (6 May 2003), and *Cumpana and Mazare v. Romania* (10 June 2003). The court considered, among other issues, the responsibility of a journalist for statements made by another person in an interview, the duty of a journalist to check the factual basis of the imparted information as well as possible limitations of freedom of expression for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

The court found that the article contained incorrect and offensive information. On the basis of the article a reader could get the impression that the judge in question had possibly broken the law. In writing the article, the journalist had not checked the facts as carefully as he should have considering that the accusations were serious and that X because of his background could not be regarded as a reliable source of information. Although A's name was not mentioned in the article, the journalist should under the circumstances have given A the possibility to present his views. However, unlike the court of first instance, the court of appeal did not find the journalist or the newspaper guilty of defamation. Several cases against X had been decided in the Helsinki Court of Appeal and a number of judges had participated in handling the cases. In the court's opinion, even those close to A could not have identified him on the basis of the information given in the article, especially as some of the information was incorrect. Also, for those who were not close to A, it was not easy to find out the identity of the judge solely on the basis of the information given in the article. The court of appeal dismissed the charges. The decision is final as the Supreme Court did not grant leave to appeal in the case (decision of 3 December 2004, No. 2798, R2004/329).

Hungary/Hongrie

Article 8 de la Convention

Cour constitutionnelle, Décision n° 26/2004, 7 juillet 2004 – Journal officiel (Magyar Közlöny), n° 96/2004, pp. 9088-9107

La Cour constitutionnelle constate que les règles concernant le contrôle de certains types de

logements par les autorités fiscales portent atteinte au droit à l'inviolabilité du logement privé.



Article 10 de la Convention**Cour constitutionnelle, Décision n° 18/2004, 25 mai 2004 – Journal officiel (Magyar Közlöny), n° 70/2004, pp. 7201-7210**

La Cour constitutionnelle constate que la loi sur la modification du Code pénal portant sur l'incitation à la haine est anticonstitutionnelle. La

loi a voulu élargir les attitudes punissables et, de ce fait, a rendu possible la restriction du droit à la liberté d'opinion.

Iceland/Islande

Article 6 of the Convention**Supreme Court, 10 June 2004, réf. 448/2003 (Ákærvaldið gegn X) – <http://www.haestirettur.is/domar?nr=2918&leit=t>**

X was accused of sexually abusing his daughter and stepdaughter. The defendant argued that the fact that the girls' testimony was recorded by specialists in the "Children's House" who then testified before the Court, in accordance with Art. 59-7. Law No. 19/1991 on Criminal Procedure, cf. Art. 18 Law No. 36/1999, was in violation of Articles 70 of the Constitution and 6 ECHR, cf. Law No. 62/1994 on fair trial. The Supreme

Court ruled that the way the testimony was recorded did not violate the Constitution or ECHR. The testimony of the girls was deemed sound and X was found guilty of a punishable offence although his punishment was more limited than the District Court had ruled, because of unclear wording of some of the charges. X was sentenced to imprisonment and to pay damages.

Supreme Court, 29 November 2004, réf. 460/2004 (Ákærvaldið gegn X) – <http://www.haestirettur.is/domar?nr=3115&leit=t>

The defendant appealed a decision of the District Court ordering his removal from the court room during the testimony of three witnesses in accordance with Art. 59 § 6 of Law No. 19/1991 which aims to protect the identity of witnesses if it is deemed that public testimony might threaten their physical integrity. The Supreme Court stated that this provision had to be interpreted in light of the principle of the right to a fair trial as set out in Art. 70, cf. Article 8, Law no. 97/1995 which recognises, *inter alia*, the principle that the defendant shall be allowed to be

present at his or her trial, to listen to the testimony of witnesses and to question them, thus participating in his trial. Furthermore, the provisions of Article 6 § 1 of the ECHR and Law § 3.d, cf. Law no. 62/1994, on the ECHR, had to be taken into consideration.

The Supreme Court decided that conditions for application of the provision had not been met as it had not been satisfactorily demonstrated that the witnesses were in a real danger, if they testified before the defendant. Thus the Supreme Court overturned the District Court's decision.

Articles 7 and 10 of the Convention**Supreme Court, 19 February 2004, réf. 324/2003 (Íslenska ríkið gegn Á) – <http://www.haestirettur.is/domar?nr=2716&leit=t>**

Á was accused of violating Article 120 of the General Penal Code, by sending an e-mail to numerous recipients, in the name of association A, concerning a "groundless warning" of a bomb threat or attack against an Icelandic aircraft, which was "suited to instil fear for life, health and wellbeing of persons". After examination of Á's testimony and the wording of the threat, it was not deemed proven that Á had harboured the intent stipulated in the penalty clause. On that ground Á was acquitted.

In the appealed District Court decision the Court found that punishment for "groundless warnings" was not stipulated in Art. 120 of the

General Penal Code and cited the principle of *nulla poena sine lege* set out in Article 1 of the same law as well as in Article 69-1 of the Constitution, cf. Law No. 97/1995 and Article 7 § 1 ECHR, cf. Law No. 62/1994, noting that this article does not allow for the establishment of criminal liability by analogy. The Court also mentioned the defendant's freedom of expression as set out in Article 73-1 of the Constitution, cf. Articles 11 of Law No. 97/1995 and 10 ECHR, cf. Law No. 62/1994 and found that it was not proven that the defendant had intentionally sent out a "groundless warning" as alleged in the charges.

Articles 10 of the Convention and 1 of Protocol No. 1

Supreme Court, 30 January 2004, réf. 481/2003 – (JT International S.A.og JT International Finland OY gegn íslenska ríkinu) – <http://www.haestirettur.is/domar?nr=2669&leit=t>

The case concerned the dismissal of two of the appellants' claims before the District Court. Firstly, the appellants had asked to be permitted, despite Article 7-3-1 of Law No. 6/2002, on Protection against Tobacco that prohibits, *inter alia*, the advertising and display of tobacco products, to disseminate certain facts concerning their tobacco products to a particular tobacco shop and secondly that one of the companies be allowed to publish a certain text in Icelandic media. The appellants argued, *inter alia*, that the law violated the

principle of proportionality as regards the freedom of expression set out in Articles 73 of the Constitution and 10 ECHR, the protection of property as stipulated in Articles 72 of the Constitution and 1 of Protocol No. 1 ECHR, in addition to Article 75 on freedom of occupation. The Supreme Court overturned the District Court dismissal and stated with respect to the second claim that the company could have a legally protected interest in having the text published in the media.

Article 11 of the Convention

Supreme Court, 12 February 2004, réf. 265/2003 (Björn Briem gegn Kynnisferðum hf.) – <http://www.haestirettur.is/domar?nr=2692&leit=t>

Ó and B, members of the union S, were made redundant from employment with K. In their general wage contract there was a clause stipulating that members of S had priority for employment. K continued, nonetheless, to employ persons from another union. In this case, brought before the Labour Court, the respondent referred to the freedom not to belong to an association protected by Article 74-2 of the Constitution and claimed that it was not permissible to stipulate in wage contracts or other contracts the requirement to belong to an association, neither directly nor indirectly; priority clauses had to be interpreted in light of the Constitution which does not permit forcing persons to belong to an association. The respondent also referred to the ECHR,

including Article 11, and stated that the European Court of Human Rights had established that Article 11 protects the right not to belong to an association and that forcing membership in an association can in some instances violate the core content of the freedom of association. The Labour Court ruled in favour of S to the effect that K had, with the aforementioned dismissals, violated the priority provision of the wage contract. Ó and B then claimed damages because of unlawful dismissal. As the decisions of the Labour Court are final, without appeal, the Supreme Court based its ruling on that decision. K was ordered to pay pecuniary damages but acquitted of the claim for punitive damages.

Articles 14 of the Convention and 1 of Protocol No. 1

Supreme Court, 2 November 2004, réf. 490/2003 – (H. Guðmundsdóttir gegn íslenska ríkinu) – <http://www.haestirettur.is/domar?nr=2707&leit=t>

M appealed a decision of the District Court regarding the imposition of income and local tax. M argued, *inter alia*, that applying the standard income tax to capital gain from interest of payments to a pension fund, instead of a more favourable capital tax that was applied to all other capital gain, violated Arts. 65 and 72 of the Ice-

landic Constitution and 1 of Protocol No. 1 ECHR in conjunction with Article 14 ECHR. In light of the fact that M's intention with the suit was to require the review of the imposition of tax with respect to only one element, the Court concluded that M's claim was greatly excessive. The District Court decision was accordingly affirmed.

Italy/Italie**Articles 1, 6 et 8 de la Convention**

Cour constitutionnelle, arrêt n° 350, 5 décembre 2003 – Giurisprudenza Costituzionale, 2003, n° 12, p. 3634 – Diritto e Giustizia, 2004, n° 1, p. 42 – Giurisprudenza Italiana, 2004, n° 12, p. 2240

Aux termes de l'article 47 de la loi n° 354 du 26 juillet 1975 sur le régime pénitentiaire et l'exécution des mesures privatives de liberté, une mère ou un père co-habitant avec un enfant mineur de dix ans, peuvent purger leur peine de

détention – si celle-ci est inférieure à quatre ans – à leur domicile ou dans autre lieu privé fixé par le juge, ou encore dans une institution publique d'assistance et traitement ou un centre d'accueil. Aucune disposition de ce type n'est prévue pour

les personnes totalement invalides. Il en découle que la loi en question viole la Constitution en ce

qu'elle ne prévoit pas un traitement de faveur à l'égard des proches parents des handicapés.

Articles 4 de la Convention et 4 du Protocole n° 7

Cour de cassation (3^e chambre civile), arrêt n° 162, 5 février 2004 – Cassazione penale, 2004, décision 12104

Dans le domaine pénal, le principe ne bis in idem international n'est pas applicable d'office dans le système italien à l'égard des arrêts rendus dans un autre Etat. Par conséquent l'action pénale peut être exercée en Italie à l'égard d'un citoyen italien ou étranger pour le même fait, pourvu qu'il se trouve sur le territoire national et que le Ministère de la Justice demande d'engager une poursuite. Si l'Etat procède à la reconnaissance d'un jugement rendu à l'étranger, l'action pénale peut être exercée en Italie pour le même fait, mais en cas de procédure renouvelée et de confirmation de la culpabilité, il faut toujours tenir compte de la peine subie à l'étranger. La délibération sur un jugement prononcé à l'étranger peut aussi comporter la reconnaissance de certains effets limités, comme l'évaluation des risques de récidive. Etant donné que ces éléments exercent

une influence parfois décisive sur l'évaluation de la personnalité de l'accusé ou sur la gravité des faits jugés, le juge italien doit contrôler si la procédure qui s'est déroulée à l'étranger a respecté les principes du procès équitable, tel le droit de l'accusé de se défendre ou d'être dûment défendu.

Note : Il arrive qu'un citoyen italien condamné par un tribunal étranger rentre en Italie et que le Ministère de la Justice adresse une requête aux fins de refaire le procès. Cette possibilité est prévue par les articles 11-12 du Code pénal, qui énoncent le principe sans aucune autre explication. La Cour de cassation a souvent rempli le vide de la loi, affirmant que pour évaluer correctement la décision rendue à l'étranger, il fallait vérifier si les droits de l'accusé avaient été respectés.

Articles 5 et 6 de la Convention

Cour constitutionnelle, arrêt n° 5, 13 janvier 2004 – Giurisprudenza Costituzionale, 2004, n° 1, p. 80

L'étranger qui ne quitte pas le territoire national ou ne donne pas une justification suffisante de son comportement, en violation de l'ordre d'expulsion qui lui a été signifié par le préfet de police, est puni d'un emprisonnement de six mois à un an et est expulsé immédiatement après.

La loi s'exprime par le terme général de « justification suffisante », sans énumérer spécifiquement les situations justifiant l'arrestation, mais sa juste interprétation porte à exclure toute hypothèse de responsabilité sans faute.

Par conséquent, il faut distinguer les différentes situations : volonté de ne pas quitter le pays ou de ne pas demander la livraison des documents de voyage à l'autorité consulaire, maladie,

empêchement physique, manque d'argent, juste crainte d'être poursuivi au moment du retour pour des motifs politiques, de race, de religion.

Il est aussi de rigueur de reconnaître à l'immigré le droit d'être aussitôt traduit devant un juge pour se défendre et d'être jugé dans un délai raisonnable, sans ingérence de l'autorité administrative dans l'évaluation de la situation.

Note : La Cour constitutionnelle a répondu aux doutes soulevés par six ordonnances de dévolution rendues par les juges de Florence et de Turin. L'arrêt a été considéré par la doctrine comme une invitation au pouvoir judiciaire à réaffirmer son pouvoir d'interprétation et à appliquer les lois à la lumière des principes de légalité énoncés par la Constitution.

Cour de cassation (assemblée plénière), arrêt n° 5052, 9 février 2004 – Diritto e Giustizia, 2004, n° 8, p. 17

L'ordonnance de détention provisoire rendue à l'ouverture d'une enquête préliminaire doit être dûment motivée, de façon à permettre à l'inculpé d'être suffisamment informé et sans délai des raisons justifiant la privation de liberté. L'article 143 du Code de procédure pénale se limite à prescrire que l'accusé a le droit de se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne connaît pas la langue italienne. L'article 94 des dispositions d'exécution du Code ajoute que le directeur de la prison où l'inculpé est placé en détention a le devoir d'expliquer à l'inculpé, si nécessaire par le biais d'un interprète, le contenu

de l'ordonnance. Il s'agit d'une mesure très insuffisante, étant donné que la connaissance de l'ordonnance doit être assurée dans l'immédiat, au moment de sa signification, de façon à permettre à l'accusé de répondre au juge ou à la police et de donner les explications nécessaires pour se défendre. Par conséquent, il faut conclure que les articles 143 du Code de procédure pénale et 94 de ses dispositions d'exécution violent les articles 2, 24 et III de la Constitution, selon lesquels la défense est un droit inviolable en tout état et à toute phase de la procédure.

Note : La disposition d'exécution de l'article 94 du Code de procédure pénale date de l'année 1930 et n'a jamais été modifiée. La Cour de cassation, ne pouvant pas se substituer au législateur, estime devoir interpréter l'article 143 à la

lumière de l'article III de la Constitution, (qui emploie les mêmes mots que l'article 6 CEDH) et prescrit que l'accusé doit être informé dans le plus court délai de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui.

Cour constitutionnelle, arrêt n° 148, 25 mai 2004 – Diritto e Giustizia, 2004, n° 24, p. 15 – Diritto penale e processo, 2004, p. 810

Les articles 453-458 du Code de procédure pénale reconnaissent à l'accusé qui admet sa culpabilité au cours de l'enquête préliminaire le droit de demander d'être jugé sans avoir recours à la procédure contentieuse, ce qui entraîne la possibilité de bénéficier d'un-tiers de la peine prévue par la loi. Si le Ministère public y consent, il assigne l'accusé à comparaître devant le tribunal dans un délai de trois jours. Une fois constatée la réunion des conditions qui légitiment la procédure abrégée, le tribunal inflige la peine réduite ou acquitte l'accusé. Le droit de bénéficier de la procédure abrégée est fondamental étant donné qu'elle a une incidence sur la durée de la détention. C'est pourquoi tout accusé doit être averti de la faculté de demander la procédure abrégée avant d'être assigné à comparaître à l'audience préliminaire. Le non-respect de cette règle entraîne la perte du bénéfice, mais l'audience préliminaire est affectée de nullité, de même que les actes accomplis ultérieurement.

Note : Le Code de procédure pénale ne prévoit pas la sanction de la nullité de l'audience préliminaire et des actes ultérieurs en cas de violation du droit de l'accusé à une procédure abrégée. Mais la jurisprudence en est arrivée à conclure qu'une violation ayant une incidence aussi importante sur la liberté personnelle entraînait la violation d'un droit considéré comme fondamental. Par conséquent, la nullité doit être prononcée en tout état de la procédure, même si la loi ne le prévoit pas expressément. Une telle déduction trouve sa justification dans l'article 24 de la Constitution, aux termes duquel le droit à la défense est « inviolable », quels que soient l'état et la phase de la procédure. A son tour, l'article 179 du Code de procédure établit que toute violation du droit de l'accusé d'intervenir activement dans la procédure entraîne une nullité absolue. Il s'agit, remarque la doctrine, d'un exemple de nullité d'ordre général, qui fait abstraction des situations spécifiquement prévues par la loi.

Cour constitutionnelle, arrêt n° 253/2004, 8 juillet 2004 – Giurisprudenza Italiana, 2004, août-septembre, p. 261

La détention provisoire est une mesure grave pour la liberté personnelle, étant donné que l'intéressé subit l'équivalent d'une peine définitive alors qu'il n'a pas encore été jugé. L'article 722 du Code de procédure pénale prévoit que la détention subie à l'étranger comme conséquence d'une demande d'extradition présentée par l'autorité italienne, dans l'attente de la poursuite de la procédure, n'est pas prise en considération pour calculer à quelle date elle doit prendre fin. Par contre, la détention provisoire subie en Italie est prise en compte, différence de traitement qui ne

semble pas justifiée étant donné que les deux formes de détention sont imposées dans le même but. Par conséquent, la même règle doit être appliquée dans le calcul du délai d'échéance de la détention. L'exclusion, dans le premier cas, viole les principes énoncés par les articles 3 et 13 de la Constitution, qui engagent l'Etat à restreindre la durée de la détention provisoire à la nécessité d'empêcher le délinquant de poursuivre son activité criminelle ou d'échapper à la peine, ou encore d'empêcher la police ou le juge de parvenir à découvrir la vérité.

Article 6 de la Convention

Cour de cassation (première chambre pénale), arrêt n° 37081, 9 octobre 2002 – La Giustizia penale, 2004, n° 1, p. 16

L'acquisition des éléments de preuve a même de contribuer à la découverte de la vérité constitue une exigence absolue du procès pénal. Par conséquent, si un témoin interrogé par la police ou par le Ministère public au cours des enquêtes préliminaires, convoqué en audience lors des débats contradictoires, reste introuvable, le juge, une fois constatée l'impossibilité d'obtenir sa présence, peut ordonner la lecture en audience de son témoignage et évaluer la force probatoire des déclarations qu'il a faites, en vertu

du pouvoir d'appréciation que lui attribue la loi. L'article III de la Constitution prévoit expressément une telle hypothèse – sans doute exceptionnelle –, qui déroge à la règle générale de l'acquisition de la preuve lors de la phase des débats contradictoires, exigence primaire du procès pénal. La nécessité d'avoir recours à la lecture en audience du témoignage donné doit être dûment motivée et est susceptible d'appel ou de cassation.

Cour de cassation (6^e chambre pénale), arrêt n° 2204, 11 mars 2003 – La Giustizia penale, 2004, Vol. I, p. 42

Le juge des débats peut ordonner d'office un supplément d'information quand celui-ci apparaît indispensable pour la décision, même après que la phase de l'acquisition de la preuve ait été close et que les acteurs de la procédure, Ministère public et défenseur, aient parlé.

Note : La Cour de cassation confirme sa jurisprudence. L'article 507 du Code de procédure pénale admet explicitement le pouvoir du juge des débats de rouvrir les débats et d'ordonner d'office la recherche d'une informa-

tion supplémentaire avant le prononcé de la décision. La Cour de cassation (assemblée plénière), par un arrêt fondamental du 16 novembre 1992, a affirmé que la recherche de la vérité devait avoir la priorité sur toute autre formalité et la doctrine, presque unanime, s'est montrée d'accord. Le principe de la contradiction n'est pas violé étant donné que les résultats d'un complément d'information sont soumis, eux aussi, à débat contradictoire avant que la décision soit mise en délibéré et prononcée.

Cour de cassation (assemblée plénière), arrêt n° 22327, 21 mai 2003 – Cassazione penale, 2003, Vol. 3, p. 3276

Le membre d'une juridiction collégiale qui participe à la décision doit respecter le secret professionnel des délibérés. Il ne peut être appelé à témoigner étant donné que l'activité exercée est couverte par le secret d'office. Si le témoignage est néanmoins déposé, il ne peut-être utilisé comme élément de preuve.

Note : C'est la première fois que la Cour de cassation traite le problème de la preuve acquise en violation de l'interdiction du témoignage d'un

juge membre d'une juridiction collégiale sur le délibéré. La doctrine a été toujours unanime sur l'exigence de garder le secret de la chambre du conseil, considérée comme essentielle pour le bon fonctionnement de la justice et pour garantir une procédure équitable. Si des confrontations peuvent avoir lieu entre les membres de la juridiction avant la conclusion de la chambre du conseil, le délibéré doit apparaître comme l'expression de la volonté de l'organe collégial dans son ensemble.

Cour de cassation (assemblée plénière), arrêt n° 35358, 9 septembre 2003 – Diritto e Giustizia, 2003, n° 34, p. 12 – Indice penale, 2004, p. 327

Aux termes des articles 417-419 du Code de procédure pénale, le juge chargé de la procédure doit faire notifier à l'accusé et aux parties une convocation à comparaître en justice pour l'audience préliminaire, laquelle n'est pas un « filtre » de la procédure de jugement, mais bien la première phase. Si la signification à comparaître n'est pas régulièrement délivrée, l'audience préliminaire est atteinte de nullité. L'accusé a le droit, notamment, d'exercer une série de droits, tels que transiger la mesure de la peine, choisir la procédure abrégée, demander l'acquiescement avant le renvoi à la juridiction de jugement ou l'octroi de circonstances atténuantes, interjeter appel.

Note : L'arrêt rendu par la Cour suprême revêt une importance particulière et met fin aux

doutes soulevés par la doctrine et quelques juges de fond, d'après lesquels la nullité ne peut être excipée après que le juge du premier degré ait décidé. Il faut, toutefois, prendre en considération que le juge saisi pour l'audience préliminaire a le pouvoir de prendre une série de décisions essentielles pour la conduite de la procédure. Ces mesures ont une incidence sur la liberté du prévenu, auquel on ne peut nier le droit de participer personnellement à l'audience pour se défendre, exposer ses raisons, interjeter appel. Le principe du procès équitable (article III du Code de procédure pénale) donne explicitement au prévenu le droit d'être présent et de contredire à tout stade de la procédure, sans limitation.

Cour constitutionnelle, ordonnance n° 46, 27 janvier 2004 – Giurisprudenza Costituzionale, 2004, n° I, p. 631

Le principe de l'égalité des armes, pilier du procès équitable, énoncé aux articles III de la Constitution et 6 CEDH, n'implique pas nécessairement l'identité des pouvoirs d'initiative du Ministère public et de l'accusé. Il doit être appliqué dans la limite du raisonnable par rapport à la position de la partie et aux exigences d'un déroulement correct de la procédure. Par conséquent, les articles 443 et 595 du Code de procé-

dure pénale ne violent pas la Constitution en ce qu'ils affirment que le Ministère public ne peut interjeter appel contre le jugement concluant une procédure abrégée, même à titre d'appel incident, au cas où le prévenu a proposé l'appel. Il faut tenir compte de la spécificité de la procédure abrégée, qui peut avoir lieu seulement sur demande de l'accusé, même sans le consentement du Ministère public. Les garanties de la contradic-

tion sont réduites au minimum et l'exercice du pouvoir d'appel incident du Ministère public représenterait, pour l'accusé, un mécanisme de dissuasion d'interjeter appel. Enfin, les débats contradictoires ont lieu sur la base des éléments de preuve acquis, sans recours à des mesures d'instruction complémentaires. Le principe suivant lequel il faut assurer un équilibre entre le

pouvoir de la défense et celui de l'accusation, normalement nécessaire pour assurer un procès équitable, présente des aspects très particuliers. Cela n'empêche pas que la procédure d'appel se déroule en conformité avec les principes généraux, en vertu desquels le Ministère public jouit des pouvoirs de requête et d'initiative et peut se pourvoir en cassation, tout comme le prévenu.

Cour de cassation (1^{re} chambre civile), arrêt n° 20828, 27 octobre 2004 – Diritto e Giustizia, 2004, n° 41, p. 24

La procédure d'arbitrage, régie par le Code de procédure civile, doit être considérée comme un véritable procès, étant donné que la solution de la controverse est confiée au pouvoir d'une tierce personne, qui applique l'esprit de la loi. Pour cette raison, les juges-arbitres ont le pouvoir de soulever la question de la conformité à la Constitution. La procédure doit se dérouler dans le respect des garanties prévues par la loi, entre autres l'impartialité et l'indépendance des personnes chargées de décider et le droit des parties de se défendre et de contredire. En particulier, chaque partie a le droit de prendre connaissance des mémoires présentés par l'autre partie et de disposer du temps nécessaire à la préparation de sa défense, et ce jusqu'au moment de la mise en délibéré de l'affaire. La procédure de l'arbitrage n'est pas seulement un dialogue entre les parties, mais donne aussi au juge-arbitre la possibilité d'inviter les parties à arguer afin d'acquiescer tous les éléments nécessaires à sa décision. Par conséquent, si un tribunal arbitral décide, sans avoir donné à l'une des parties la

possibilité de répliquer sur une série de témoignages rendus au cours de la procédure ou sur un rapport présenté par un expert, le jugement rendu est frappé de nullité pour violation du droit à la défense. Le collège arbitral, en général, tranche le litige conformément aux règles de droit, mais, sur demande des parties, il peut exercer la fonction d'amiable compositeur et statuer en équité.

Note : La jurisprudence au cours des années 70-80, dans le silence de la loi, avait été incertaine sur la nature de la juridiction arbitrale, mais plus récemment, elle a affirmé que les arbitres étaient de véritables juges, tenus, par conséquent, de respecter les principes directeurs inscrits dans la Constitution et dans le Code de procédure civile. La doctrine a été unanime à remarquer que les principes du procès équitable énoncés par l'article 6 CEDH étaient entièrement applicables à la juridiction arbitrale, et ce que la fonction d'arbitre soit confiée à une personne physique ou morale, un centre d'arbitrage, une chambre syndicale ou une chambre de commerce.

Articles 6 de la Convention et 1 du Protocole n° 1

Cour de cassation (assemblée plénière), arrêt n° 2 /2004, 13 février 2004 – Diritto penale e processo, 2004, n° 4, p. 428 – Cassazione penale, 2004, p. 1913

La mise sous séquestre ordonnée par le juge ou le ministère public est une mesure qui peut avoir des incidences sur le droit de propriété, étant donné qu'elle peut entraîner la perte totale ou partielle de la disponibilité du bien saisi. Par conséquent, la mesure ne peut être laissée à la discrétion d'une autorité judiciaire sans une justification développée dans la motivation, soumise au contrôle des parties intéressées et du juge compétent en degré d'appel. La motivation doit expliquer, même sommairement, pour quelle raison le séquestre est effectué, au moins sur le plan de la logique, quelles sont les finalités de la mesure par rapport aux éléments de preuve déjà acquis et à la situation qui se présente au moment

de son émission. La simple affirmation selon laquelle la mesure est nécessaire pour l'établissement des faits dénoncés ne donne pas la preuve de la justesse de la mesure et prive l'accusé de la possibilité de se défendre. Le décret non motivé, ou qui l'est insuffisamment, est frappé de nullité.

Note : Une partie de la jurisprudence, pendant longtemps, a nié la nécessité de motiver un décret de mise sous séquestre au motif que les exigences probatoires de la mesure étaient in re ipsa. La Cour de cassation y apporte un correctif, faisant rentrer le séquestre dans la règle générale énoncée par l'article III de la Constitution, suivant lequel toute mesure d'une autorité judiciaire doit être motivée.

Articles 6, 35 et 41 de la Convention

Cour de cassation (assemblée plénière), arrêts n°s 1338, 1339 et 1340, 26 janvier 2004 – Responsabilità civile e previdenza, 2004, n° 2, p. 463 – Foro Italiano, 2004, n° 3, p. 694

Aux termes de la loi n° 89 de 2001, la personne qui a subi un dommage à la suite de la

violation du principe du délai raisonnable de la procédure a droit à une satisfaction équitable. Le

juge national est engagé à se conformer à l'interprétation et aux principes énoncés par la Cour européenne des Droits de l'Homme. Par conséquent, il appartient au juge du fond d'apprécier la situation, de décider s'il y a un droit à indemnisation pour la violation du principe du procès équitable et d'en déterminer le montant, sur la base des principes énoncés par la Cour. Dans la détermination du montant de l'indemnité, le juge national doit respecter les critères appliqués par la Cour européenne, en particulier le principe suivant lequel la violation du délai raisonnable

cause, normalement, un dommage étant donné qu'elle porte atteinte à un droit fondamental du citoyen. Le constat de la violation suffit pour accorder une satisfaction équitable, dont le montant sera calculé sur la base de la complexité de l'affaire et du comportement des parties et des juges qui ont traité l'affaire.

Note : L'assemblée plénière de la Cour de cassation met fin aux doutes soulevés par la loi n° 892 et s'aligne sur la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

Articles 6 de la Convention et 3 du Protocole n° 7

Cour de cassation (3^e chambre civile), arrêt n° 23211, 18 mai 2004 – Guida al diritto, 2004, n° 24, p. 64

Le législateur n'a pas adopté de critères rigides d'évaluation du montant de l'indemnisation à octroyer aux victimes d'une détention injuste ou d'une erreur judiciaire. Il appartient à la juridiction compétente d'évaluer l'importance des conséquences matérielles et morales, d'ordre social, familial et personnel, en recourant pour cela à des critères d'équité fondés sur des éléments concrets tels que la durée de la détention, le milieu où vit l'accusé, sa place dans la société, l'éventuelle perte de revenus, etc.

Note : Au cours des années 2000-2002, l'assemblée plénière des chambres pénales de la Cour de cassation a statué trois fois sur le sujet de la réparation due à la victime d'une erreur judiciaire ou d'une détention injustifiée. Chaque fois

elle a examiné et résolu des aspects spécifiques des problèmes posés par la détermination du dédommagement. Le présent arrêt résume les principes énoncés et met l'accent sur l'opportunité que le juge, dans l'appréciation des faits, s'entienne à des critères d'équité dans la détermination du montant à attribuer à la partie lésée. L'arrêt offre un résumé complet des principes énoncés sur le sujet. Il faut remarquer que les articles 314 et 315 du Code de procédure pénale se limitent à décrire la procédure à suivre et à établir le maximum du montant à octroyer, sans rien dire sur les critères à suivre pour sa détermination, lesquels sont laissés à l'appréciation du juge.

Luxembourg

Article 6 de la Convention

Cour d'appel, 7 juin 2004 – Ministère public/S., Réf. : n° 187/04 VI

Il était reproché au prévenu – qui contestait les faits – d'avoir conduit un véhicule malgré une interdiction de conduire infligée par une décision de justice.

En matière répressive, lorsque la loi n'établit pas un mode spécial de preuve, le juge du fond apprécie souverainement en fait la valeur probante des éléments sur lesquels il fonde sa

conviction, qui lui sont régulièrement soumis et que les parties ont pu librement contredire, ce pouvoir d'appréciation du juge n'étant pas incompatible avec les garanties données au justiciable par l'article 6 CEDH (Velu et Ergec : La Convention européenne des Droits de l'Homme, éd. 1990, n° 489).

Cour d'appel, 30 mars 2004 – Ministère public/B., Réf. : n° 104/04 V

Il était fait grief à l'un des juges ayant composé la juridiction correctionnelle saisie de la poursuite contre la prévenue pour non-représentation d'enfant, d'avoir antérieurement siégé dans la juridiction civile ayant prononcé le divorce entre les époux et appelée accessoirement à se prononcer sur la garde des enfants ainsi que, corrélativement, sur le droit de visite et d'hébergement. Il était reproché, par la prévenue, à ce

membre de la juridiction correctionnelle d'avoir déjà pris position contre elle, de sorte qu'elle pouvait raisonnablement craindre – compte tenu de sa condamnation en première instance – que ce magistrat, ne serait-ce que pour éviter de se déjuger, s'était déjà forgé une opinion.

L'exigence d'impartialité des juges, consacrée par l'article 6 § 1 CEDH, s'attache plus particulièrement à leur attitude dans le processus

qui les amène à rendre une décision : les juges doivent être, voire même paraître (approche objective du principe), aux yeux du justiciable, neutres par rapport aux parties. Ainsi s'abstiendront-ils, indépendamment du rôle qu'ils jouent effectivement dans des instances collégiales successives, de cumuler des fonctions dans une même cause. L'apparence liée à l'exercice de fonctions antérieures crée nécessairement le reproche de partialité parce qu'ils peuvent être soupçonnés de s'être déjà formé une opinion sur les faits qu'ils sont appelés à trancher.

Il convient de distinguer, en cas d'exercice successif de fonctions judiciaires, les décisions d'un magistrat ayant un caractère conservatoire ou préparatoire – lesquelles ne l'empêcheront nullement de statuer ultérieurement en toute impartialité – des décisions qui impliquent de sa part une prise de position sur le fond, lesquelles peuvent faire naître un doute légitime quant à son aptitude à traiter ultérieurement l'affaire en toute impartialité, même si sa première décision n'avait qu'un caractère provisoire.

Dans les faits, les juges du tribunal d'arrondissement, siégeant en matière civile, après avoir procédé à des considérations d'ordre général sur la garde des enfants et le droit de visite, avaient constaté, sur la base des renseignements et des

pièces versées au dossier, que les enfants « refusaient » de voir leur père – fait constant et non contesté – et avaient retenu qu'il « semblait que la mère veuille définitivement mettre le père à distance pour le faire disparaître du champ familial ». Si cette considération pouvait, à la rigueur, apparaître comme un parti-pris contre la mère, les juges avaient, cependant, précisé plus loin qu'ils ne s'étaient, en réalité, pas encore forgés une opinion sur l'attitude de la mère parce que les renseignements qu'on leur avait fournis ne le permettaient pas encore. C'est pour cette raison, et parce qu'il était « indispensable pour le tribunal de connaître les raisons du prétendu refus des enfants de voir leur père » que le tribunal civil avait ordonné, « avant tout autre progrès en cause » une mesure d'instruction en soumettant les enfants à un examen médico-psychologique.

Il s'ensuit qu'aucun grief de partialité ne pouvait être adressé au magistrat de la juridiction correctionnelle ayant siégé antérieurement au civil, dès lors que rien, dans la motivation du jugement de divorce, ne permettait à la prévenue de craindre raisonnablement que, dans cette instance, le magistrat avait pris position sur le fond du litige déferé à la juridiction pénale.

Tribunal administratif, 24 juin 2004 – W./ Ministre des Transports, Réf. : n° 17342 du rôle

Le demandeur en annulation avait été condamné par le tribunal correctionnel pour avoir circulé en présentant des signes manifestes d'ivresse, pour avoir refusé de se prêter à une prise de sang et à un examen de l'air expiré et pour défaut de se comporter raisonnablement et prudemment de façon à ne pas constituer un danger pour la circulation, à une amende et à deux interdictions de conduire d'une durée respectivement de dix-huit et douze mois, assorties du sursis intégral. Par une décision ultérieure, le ministre des Transports, sur la base du jugement, procéda au retrait de huit points du capital de points dont est doté le permis de conduire.

Le demandeur avançait que la décision ministérielle de retrait de points du permis de conduire était contraire à l'article 6 CEDH, au motif qu'il correspond à une peine qui peut uniquement être infligée par un juge.

Le tribunal rappelle que le but assigné à un retrait administratif du permis de conduire est de protéger, pour l'avenir, la sécurité des autres usagers de la route contre des personnes représentant un danger potentiel à leur égard et non de sanctionner les personnes concernées pour des faits commis dans le passé.

Lors de l'élaboration de la loi du 2 août 2002 introduisant le permis à points, la question

de la nature juridique d'un retrait de points, et plus précisément celle de savoir s'il était satisfait aux exigences de l'article 6 CEDH, fut cependant âprement discutée. Dans l'exposé des motifs, les auteurs ont souligné que la perte de points et l'annulation qui en découlait était une sanction administrative, mais soumise aux règles posées par l'article 6 CEDH (voir doc. parl. n° 4712, p. 19). Dans son avis, le Conseil d'Etat a estimé que « l'affirmation du caractère administratif de ces mesures n'est pas de nature à les soustraire de l'applicabilité des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales destinées à protéger toute personne faisant l'objet d'une accusation en matière pénale », pour conclure qu'il ne résulte donc pas des arrêts rendus par la Cour européenne des Droits de l'Homme (...) que le système luxembourgeois du permis à points à mettre en place est, a priori, à l'abri de toute critique au regard de la compatibilité avec les dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

Or, concernant les critiques mises en avant par le demandeur en annulation, il échut de retenir que le retrait de points du capital de points de son permis de conduire n'est que la

conséquence d'une procédure pénale lui permettant de prétendre à un procès devant un tribunal indépendant, à savoir le tribunal correctionnel de Luxembourg, qui, après un débat contradictoire, a condamné le demandeur pour les groupes d'infractions retenus au jugement de ce tribunal, condamnation actuellement irrévocable. Pour le surplus, la décision ministérielle de retrait de points, suite à la condamnation pénale devenue irrévocable, est encore susceptible de faire l'objet d'un recours devant la juridiction administrative, par l'introduction d'un recours en annulation, afin de vérifier si l'autorité administrative qui procède au retrait de points a agi à l'issue d'une

procédure régulière, faculté dont le demandeur a effectivement fait usage.

Le tribunal retient, partant, que ni la loi du 2 août 2002 ni la décision ministérielle attaquée ne sont contraires à l'article 6 § 1 CEDH, et ceci d'autant moins que le retrait d'un certain nombre de points du capital à points ne conduit pas automatiquement à une interdiction de conduire un véhicule sur le territoire luxembourgeois, mais se trouve limité à huit points maximum du capital initial de douze points, et que le conducteur visé dispose toujours de la possibilité, sous certaines conditions, de procéder à une reconstitution de trois points dudit capital.

Article 8 de la Convention

Tribunal administratif, 21 avril 2004 – I. et I./ Ministre de la Justice, Réf. : n° 17080 du rôle

Les demandeurs, une mère (X) et son fils (Y), faisaient valoir que le refus du ministre de la Justice de délivrer à la première une autorisation de séjour méconnaissait l'article 8 CEDH.

S'il est de principe, en droit international, que les Etats ont le pouvoir souverain de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des étrangers, il n'en reste pas moins que les Etats qui ont ratifié la CEDH ont accepté de limiter le libre exercice de cette prérogative dans la mesure des dispositions de celle-ci.

Il y avait, dès lors, lieu d'examiner si la vie privée et familiale dont faisaient état les demandeurs pour conclure dans leur chef à l'existence d'un droit à la protection d'une vie familiale par le biais des dispositions de l'article 8 CEDH rentrait effectivement dans les prévisions de ladite disposition de droit international qui est de nature à tenir en échec la législation nationale.

Il ressort des pièces produites en cause et des informations fournies par les demandeurs que X est née le 7 avril 1936 en Serbie, que son mari est décédé, que trois enfants sont nés de cette union et que son défunt mari avait quatre enfants issus d'un premier mariage, que des sept enfants, deux habitent en République tchèque, quatre sont régulièrement établis au Luxembourg depuis plusieurs années, et une fille habite encore en Serbie ; cette dernière a déclaré sur l'honneur habiter avec son mari souffrant et ses deux enfants scolarisés ainsi que sa belle-mère invalide dans un logement inapte à recevoir encore une personne supplémentaire et être incapable, financièrement, de prendre sa mère en charge. Il est établi que X n'a personne à sa charge et que personne ne dépend matériellement de son aide. Il est encore constant qu'elle habite, depuis son arrivée au Luxembourg, en 1999, chez son fils Y avec son épouse et ses trois enfants.

S'il est vrai qu'un parent veuf, empêché par l'âge d'avoir un travail rémunéré, a le droit d'être pris en charge et, le cas échéant, d'habiter auprès de l'un de ses descendants, sur la base, notamment, de l'article 8 CEDH, il n'en demeure pas moins que ce droit ne lui permet de s'installer auprès de l'un de ses descendants résidant dans un autre Etat que celui dont il est originaire qu'à partir du moment où, dans son pays d'origine, il n'existe aucun descendant ou proche parent qui soit en mesure de le prendre en charge en lui fournissant, notamment, un logement approprié.

En l'espèce, il est vrai que X a une fille, qui réside actuellement dans son pays d'origine, la Serbie, avec son mari, ses deux enfants ainsi que sa belle-mère. Toutefois, il ressort de la déclaration sur l'honneur faite par la fille, qu'elle n'est pas en mesure de prendre sa mère en charge.

Il échet donc de constater que X, bien qu'ayant une fille résidant actuellement dans son pays d'origine, ne peut pas y exercer son droit à une vie privée et familiale telle que réglementée par l'article 8 CEDH. Il s'ensuit qu'elle a valablement pu faire valoir son droit au regroupement familial avec l'un de ses enfants établis au Luxembourg, à savoir en l'espèce son fils Y, afin d'exercer au Luxembourg son droit à une vie privée et familiale, étant donné qu'il existe dans son chef un obstacle majeur rendant impossible le retour dans son pays d'origine. Dans ces conditions, le refus opposé à X de lui délivrer une autorisation de séjour sur base de son droit au regroupement familial avec ses enfants résidant au Luxembourg constitue, au vu des circonstances de l'espèce, une ingérence illégale dans son droit au respect de sa vie privée et familiale, qui ne saurait, par ailleurs, être justifiée par l'une des hypothèses visées au § 2 de l'article 8 CEDH.

**Articles 8 et 14
de la Convention****Tribunal administratif, 16 février 2004 – F. et K./ Ministre de la Justice, Réf. :
n° 16901 du rôle**

Les demandeurs, de nationalité luxembourgeoise, se sont mariés en Allemagne. Leur enfant commun, pour lequel la délivrance d'un certificat de nationalité luxembourgeoise est demandée au Ministre de la Justice, est également né en Allemagne. Le nom patronymique figurant sur l'acte de naissance dressé dans ce dernier pays est celui de la mère, qui est également le nom de famille choisi par les parents au moment de leur mariage conformément à la liberté qui leur est laissée par la législation allemande, ce même nom ayant alors été automatiquement attribué à l'enfant en vertu des mêmes dispositions de droit allemand. En vertu d'un accord bilatéral, l'acte de naissance dressé en Allemagne produit, en principe, au Luxembourg ses pleins effets.

Le tribunal était amené à examiner si le ministre pouvait valablement se fonder sur l'ordre public luxembourgeois pour remplacer, dans le certificat de nationalité, le nom de famille de la mère par celui du père de l'enfant, comme le prévoit la loi luxembourgeoise pour les enfants légitimes de nationalité luxembourgeoise.

En droit luxembourgeois l'attribution du nom patronymique d'un enfant légitime n'est pas expressément régie ni par les dispositions du Code civil ni par un autre corps de législation, mais se fonde sur une règle de droit coutumier dont l'article 57 du Code civil est considéré comme le reflet dans la mesure où il n'énonce pas le nom patronymique d'un enfant légitime comme mention obligatoire dans un acte de naissance.

D'un autre côté, les articles 8 et 14 CEDH ont été interprétés par la Cour européenne des Droits de l'Homme en ce sens qu'ils trouvent, de manière combinée, application dans le domaine de l'attribution du nom patronymique et qu'une législation nationale afférente instaurant une

différence de traitement fondée exclusivement sur le sexe ne serait justifiée à leur égard que sur base de « considérations très fortes », notamment la tradition d'une certaine attribution exclusive du nom patronymique ne pouvant être admise comme justification dans la mesure où la CEDH « doit s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui, et en particulier de l'importance attachée au principe de non discrimination » (Cour européenne des Droits de l'Homme, 22 février 1994, Burghartz c/ Suisse).

Enfin, le tribunal est amené à relever qu'un projet de loi n° 4843 relatif au nom patronymique des enfants a été déposé le 13 septembre 2001 à la Chambre des Députés, dont le but déclaré est qu'il « respecte l'autonomie familiale dans le choix du nom patronymique des enfants d'un couple » en conférant notamment aux parents, au moment de leur mariage, le choix du nom patronymique de leurs enfants légitimes à naître.

Eu égard à l'ensemble de ces éléments, l'ordre public luxembourgeois ne peut plus être considéré comme s'opposant actuellement au plein effet à conférer à l'acte de naissance de l'enfant commun des demandeurs, et plus particulièrement à la reconnaissance du nom patronymique y inscrit comme étant le sien, alors même que ce nom ne serait pas celui attribué par la loi luxembourgeoise dans sa teneur actuelle en tant que sa loi nationale.

Il se dégage des développements qui précèdent, et plus particulièrement de l'effet atténué de l'ordre public luxembourgeois y relatif, qu'il n'appartenait pas au ministre de refuser d'inscrire le nom patronymique de la mère dans le certificat de nationalité de l'enfant et à y substituer celui de son père.

**Article 10 de la
Convention****Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 10 juin 2004 – M./ Den neie Feierkrop
Réf. : n° 80723 du rôle**

La partie demanderesse soutenait qu'un journal avait, de mauvaise foi, parsemé ses comptes-rendus d'audience d'infidélités et d'inexactitudes ainsi que de propos diffamatoires, dans la mesure où des faits non avérés et démentis par de nombreux témoins et balayés par le tribunal auraient été présentés comme constants en cause, portant ainsi une grave atteinte à son honneur.

La protection de la réputation ou des droits d'autrui, en tant que restriction à la liberté d'expression, est assurée, au Luxembourg, par les articles 1382 et 1383 du Code civil, qui sanctionnent le respect dû aux droits d'autrui et, par

conséquent, aux libertés fondamentales, et plus particulièrement celle de la liberté de la presse.

Ce qui constitue une liberté fondamentale ne peut pas être une faute, sauf, et sous certaines conditions, s'il y a atteinte à la réputation et aux droits d'autrui et plus particulièrement s'il y a injure ou diffamation.

L'article 13 de la loi du 20 juillet 1869 sur la presse, notamment invoqué par le requérant à l'appui de sa demande, prévoit l'infraction pénale suivante : « L'infidélité commise de mauvaise foi dans le compte que rendent les journaux et autres imprimés (...), ainsi que des audiences des cours et tribunaux, sera punie d'une amende de 10 001

à 200 000 francs, sans préjudice de la répression des calomnies et injures que le compte-rendu peut retenir ».

Il en résulte, a contrario, qu'il n'est pas défendu de publier des comptes-rendus des audiences des cours et tribunaux. Ces comptes-rendus doivent être fidèles et exacts. Par conséquent, la chronique judiciaire peut contenir les propos de témoins, mêmes diffamatoires, à condition de bien préciser qu'il s'agit de témoignages.

Le fait de relater des témoignages, dont il s'avérera, à l'issue du prononcé du jugement, que le tribunal ne les aura pas retenus, n'est pas une atteinte à la présomption d'innocence, puisque le lecteur devrait pouvoir faire la différence entre un simple témoignage et un jugement de condamnation. A propos de la présomption d'innocence, la Cour de cassation française, dans un arrêt du 6 juin 1990, a notamment décidé que le seul fait de rapporter l'existence d'une mesure d'inculpation dont a été l'objet un individu ne laisse pas penser aux lecteurs qu'il a commis les infractions des chefs desquels il a été inculpé.

En revanche, il tombe sous le sens que le journaliste devra s'abstenir de toute contre-vérité et qu'il n'est pas en droit de conclure à la culpabilité d'un prévenu pour des faits qui n'ont pas donné lieu à une condamnation ou pour lesquels il y a eu acquittement.

Dans l'appréciation de la faute éventuelle de la défenderesse il faut encore tenir compte du fait qu'elle se veut être un journal satirique et qu'il est de principe que le genre satirique peut revendiquer un droit à l'irrespect et à l'insolence (cf. note Christophe Bigot sous Cass. fr. 2^e civ, 2 avril 1997, JCP G 1998 II 10 010, p. 187).

Pour savoir si une publication peut bénéficier d'une tolérance accrue eu égard au caractère satirique de l'écrit, il faut vérifier s'il apparaît comme évident que l'auteur a exagéré ou déformé les faits dans un but de désinformation ou si, en revanche, sa seule intention a été de faire rire le lecteur. Le tribunal considère plus particulièrement que sous le couvert de la satire, il ne peut pas être permis à l'auteur de désinformer le lecteur. Ainsi il n'est pas permis de glisser dans un article humoristique une contre-vérité flagrante que le lecteur pourrait considérer comme avérée.

Il est encore de principe qu'une publication humoristique ne doit pas se livrer à un outrage délibéré destiné exclusivement à ridiculiser ou

déconsidérer la personne. Ainsi l'intention de nuire fait échec au droit à la satire. Par ailleurs le mode humoristique n'autorise pas à porter atteinte à la dignité humaine (cf. Christophe Bigot, op. cit. p. 188).

C'est au regard de ces principes qu'il y a lieu d'analyser les extraits d'article incriminés.

Il faut constater, en premier lieu, que d'une manière générale, le demandeur est resté en défaut de prouver que les comptes-rendus d'audience publiés par X étaient parsemés de contrevérités et d'inexactitudes, bien que cette preuve lui eût cependant incombé. Il résulte des nombreux articles versés en cause et parus dans d'autres journaux luxembourgeois que la plupart des témoignages repris par la défenderesse ont également été cités dans d'autres journaux. Le demandeur ne précise pas clairement ce que la défenderesse aurait inventé. Finalement le requérant reproche à la défenderesse d'avoir soutenu qu'il se serait fait payer, par des transporteurs, une cuisine équipée pour sa maison au lieu de recourir, pour cela, à un emprunt bancaire. En tenant pour avérée la culpabilité de M. alors qu'au moment de la publication de l'article litigieux l'instruction était encore en cause, la défenderesse a violé le droit de M. d'être présumé innocent.

Dans l'arrêt du 29 août 1997, Worm c/ Autriche, la Cour européenne des Droits de l'Homme a, d'ailleurs, clairement condamné l'attitude d'un journaliste qui, avant le prononcé du jugement, avait exprimé l'avis qu'un prévenu était coupable des accusations portées contre lui.

L'article 10 § 2 CEDH prévoit expressément que la liberté d'expression pourra être limitée notamment pour la protection de la réputation ou des droits d'autrui, mais également pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

Le tribunal admet que M. a subi un préjudice moral du fait que même avant la mise en délibéré de l'affaire, la défenderesse a écrit que la culpabilité du requérant était établie. Il n'a, cependant, pas fourni au tribunal les éléments d'appréciation qui lui permettraient d'évaluer l'ampleur de ce préjudice. Le tribunal estime qu'il faut, dans l'appréciation de ce préjudice, tenir compte du fait que M. a été condamné pour quatre cas de corruption, même si pour le cas litigieux il a bénéficié d'un acquittement, les faits étant prescrits.

Articles 11 de la Convention et 1 du Protocole n° 1

Cour administrative, 13 juillet 2004 – Ministre de l'Environnement et Syndicat de chasse de Vianden/W.-D., Réf. : n°s 17488C et 17537C du rôle

La Cour étant confrontée par les parties en cause à la même argumentation que celle soumise aux juges de première instance, elle peut se limiter à adopter entièrement la motivation très

exhaustive du tribunal pour arriver à la conclusion que, malgré les divergences entre les systèmes instaurés par la loi française dite « Verdeille » et la loi luxembourgeoise modifiée

du 20 juillet 1925, les conclusions de l'arrêt Chassagnou de la Cour européenne des Droits de l'Homme, en son § 85, s'appliquent au cas déféré, de sorte qu'il y a violation des dispositions du second alinéa de l'article ter du Protocole n° 1 CEDH.

Les juges de la Cour européenne des Droits de l'Homme ont, précisément, estimé que, bien que poursuivant un but légitime, à savoir la gestion rationnelle de la chasse, la loi « Verdeille » faisait peser sur les propriétaires une charge démesurée, qui rompait le juste équilibre entre la sauvegarde du droit de propriété et les exigences de l'intérêt général.

La Cour, actuellement saisie, les suit dans leur motivation consistant à dire qu'obliger des propriétaires à faire apport de leur droit de chasse sur leurs terrains pour que des tiers en fassent un usage totalement contraire à leurs convictions se révèle une charge démesurée, qui ne se justifie pas sous l'angle du second alinéa de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 CEDH.

Le tribunal a déduit à bon droit du fait que la loi modifiée du 20 juillet 1925 prévoyait elle-même, à travers son article 2, des hypothèses permettant d'extraire des parties du territoire des lots de chasse et de la possibilité de non-relaissement d'un lot de chasse – à condition que soit réunie une des majorités qualifiées prévues à l'article 1^{er}, alinéa 2, de ladite loi – le défaut de nécessité absolue, sinon caractérisée, de soumettre la totalité du territoire non urbanisé à l'exercice du droit de chasse en vue de réaliser le but, reconnu comme légitime dans l'intérêt général, d'éviter une pratique anarchique de la chasse et de favoriser une gestion rationnelle du patrimoine cynégétique.

Il a également constaté à juste titre, à partir de la procédure prévue par la loi, qu'une décision de non-relaissement pour certains terrains, bien que théoriquement possible, était quasiment impossible à obtenir en pratique.

En accord avec les juges de la Cour européenne des Droits de l'Homme, et moyennant une motivation adoptée par la Cour, le tribunal a encore retenu à juste titre qu'une compensation, au Luxembourg sous forme d'un prix de location annuel réparti entre les différents propriétaires au prorata de leur apport de terrains dans le syndicat, n'était pas de nature à donner satisfaction à un opposant éthique et que l'exigence de clôture était déraisonnable. Le cas échéant, une telle clôture peut être de nature à gêner l'utilisation de la parcelle par le propriétaire lui-même.

La partie intimée a encore soulevé à bon droit que la liberté d'association retenue dans la CEDH s'opposait à toute association forcée.

L'obligation d'adhésion au syndicat de chasse constitue, en effet, une ingérence dans la liberté d'association « négative » et la Cour européenne des Droits de l'Homme a retenu, dans ce contexte, que « bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante », de sorte qu'une restriction à un droit que consacre la Convention doit être proportionnée au but légitime poursuivi. Or, un « droit » ou une « liberté » de chasse ne fait pas partie de ceux reconnus par la Convention qui, en revanche, garantit expressément la liberté d'association.

Article 4 du Protocole n° 7

Tribunal administratif, 18 février 2004 – N.C. et G.C./Ministre de la Justice, n° 16938 du rôle

Selon le demandeur, le fait d'être tenu de quitter le pays après avoir purgé sa peine serait constitutif d'une deuxième sanction pénale pour les mêmes faits.

Le principe non bis in idem s'applique seulement lorsqu'une personne est poursuivie ou condamnée en raison d'une infraction pour laquelle elle a déjà été acquittée ou condamnée par une décision définitive.

En l'espèce, la décision ministérielle attaquée se réfère à une décision précédente refusant à l'intéressé l'entrée et le séjour, laquelle indique, en tant que motivation, non seulement les infractions commises par le demandeur qui ont fait l'objet de jugements définitifs, mais également le fait que le demandeur constitue, par son comportement personnel, un danger pour l'ordre public. Il résulte encore des pièces versées en

cause, et en particulier du dossier répressif du demandeur, que celui-ci a été l'auteur d'un certain nombre d'infractions ou de comportements répréhensibles, qui n'ont pas tous donné lieu à des poursuites et condamnations pénales.

La décision de refus d'entrée et de séjour ne repose, dès lors, pas uniquement sur des infractions pour lesquelles le demandeur a d'ores et déjà subi des condamnations pénales, de sorte que sa situation ne saurait être assimilée à celle interdite par l'article 4 du Protocole n° 7 CEDH.

Une telle mesure ne tombe, par conséquent, pas dans la notion de matière pénale au sens de la CEDH et de son Protocole n° 7. La mesure visée ne tend, en effet, pas à dissuader la personne visée de récidiver par la menace d'une sanction, mais à protéger la sécurité et l'ordre public à l'intérieur du pays.

Portugal

Articles 8 de la Convention et 2 du Protocole n° 4

Cour constitutionnelle, 31 mars 2004, arrêt n° 232/2004 – Diário da República, I^{re} Série – A, 25 mai 2004

Le Médiateur a demandé l'appréciation du Décret-Loi n° 244/98, dont les dispositions conduisent à l'expulsion d'étrangers ayant des enfants mineurs de nationalité portugaise suite à

une condamnation pénale, lorsque le juge décide également de l'expulsion. La Cour Constitutionnelle les a jugées inconstitutionnelles.

Article 11 de la Convention

Cour constitutionnelle, 6 octobre 2004, arrêt n° 589/2004 – Diário da República, I^{re} Série – A, 4 novembre 2004

Aux termes de l'article 13 § 2 du Décret-Loi n° 594/74, « la promotion et la constitution d'associations au Portugal dépend de l'autorisation du Gouvernement ». La Cour constitution-

nelle a déclaré l'inconstitutionnalité, avec force obligatoire générale, de cette norme comme portant atteinte au droit d'association.

Article 2 du Protocole n° 7

Cour constitutionnelle, 28 octobre 2003, arrêt n° 510/2003 – Diário da República, II^e Série, 6 janvier 2004

Dispositions en cause : article 103 de la loi sur la procédure administrative et article 20 de la Constitution.

La garantie de contrôle des actes commis dans l'exercice de la fonction administrative n'implique aucunement la garantie de recours des décisions judiciaires à l'intérieur de ce pouvoir. Elle se traduit dans le droit d'accès aux tribunaux comme organes propres de l'administration de la

justice, lesquels, dans un premier temps, définiront le droit controversé. Le contrôle qui s'exerce alors a une finalité différente de celle que l'administration publique a poursuivie et il n'a pas comme raison d'être un éventuel principe, constitutionnellement imposé, de révisibilité nécessaire d'actes de pouvoir (quel que soit le pouvoir dont il s'agit).

Spain/Espagne

Articles 3, 6 et 8 de la Convention

Cour suprême, arrêt n° 901 du 7 août 2004

La norme relative à l'expulsion des immigrés doit s'interpréter en tenant compte de ses effets possibles sur les droits fondamentaux de la personne. La Cour rappelle que le rapport du conseil général du pouvoir judiciaire à propos de ce qui était le projet de Loi organique indiquait que la décision d'expulsion, en plus d'invoquer la nature du délit, devait être fondée sur les circonstances propres au condamné : son enracinement, la protection de sa famille, le danger d'être tué ou soumis à des tortures ou traitements dégradants. Ceci s'appuie sur la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, qui exige un examen individualisé, avec allégations et preuves. Ainsi, dans certains cas, le droit à la vie familiale ou l'enracinement de l'étranger peuvent céder devant des exigences d'ordre public, alors que dans d'autres, l'importance du délit commis exige une protection de l'ordre public qui justifie l'expulsion.

De même, la Cour constitutionnelle exige une procédure d'allégations pour émettre un jugement sur les faits. S'appuyant sur les arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans les affaires Olsson c/ Suède et Bronda c/ Italie, la Cour note que cette exigence est plus forte quand il s'agit du droit à la vie familiale, que l'expulsion empêche complètement.

Elle en conclut que pour pouvoir juger de façon adéquate et sauvegarder les droits fondamentaux supérieurs, en principe, à l'ordre public ou à une certaine politique criminelle, il faut étudier les circonstances concrètes de la situation de l'intéressé, ce qui rend indispensable une audience et la motivation de la décision. Cette procédure est l'unique garantie par laquelle on puisse assurer avoir sauvegardé le droit considéré comme le plus important dans ce conflit d'intérêts.

En l'espèce, il n'y a pas eu d'audience, condition exigée dans le cas où il existe des droits qui peuvent se voir affectés par la décision d'expulsion. En outre, la demande du Ministère public a été faite au moment des conclusions définitives, ce qui rend impossible pour la partie en cause le fait d'effectuer des allégations et de présenter les preuves qu'elle estime pertinentes.

Ceci viole les droits fondamentaux que sont le droit à la défense et à la protection de la famille. Pour ces raisons, ainsi que pour d'autres motifs – comme la non-proportionnalité entre la mesure d'expulsion et l'enracinement du condamné en Espagne – la Cour Suprême annule l'ordre d'expulsion inclus dans l'arrêt attaqué, sans toucher au reste de son contenu.

Articles 3 et 13 de la Convention

Cour constitutionnelle, arrêt n° 7 du 2 septembre 2004

La Cour constitutionnelle répond à l'allégation des appelants – condamnés pour appartenance ou collaboration avec une bande armée – relatif à certaines violations de la CEDH que sa fonction, dans le cadre du recours d'amparo [action soutenant qu'un pouvoir public a violé un droit ou une liberté fondamentale] consiste à vérifier le respect des principes qui sont susceptibles d'un tel recours et non pas à examiner le respect des textes internationaux qui lient l'Espagne.

La Cour rejette l'atteinte du droit à l'intégrité physique et morale, considérant qu'elle n'est pas imputable directement aux résolutions judiciaires objets du recours mais au comportement de la police durant la détention. Elle ajoute que l'Audiencia Nacional n'a pas jugé le défaut de forme des déclarations faites à la police, sans que l'on puisse affirmer que l'arrêt postérieur de condamnation ait vicié ce droit. La Cour appuie sa conclusion sur la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, qui relie la violation de l'article 3 CEDH à la non-exécution par les Etats du devoir d'effectuer une enquête effective pour tirer au clair les faits et châtier les coupables, même dans les moments les plus critiques, comme la lutte contre le terrorisme et le crime (arrêt *Aksoy c/ Turquie*). Cette jurisprudence relie les articles 3 et 13 CEDH, de façon telle que la notion de « ressource effective » implique des enquêtes effectives et adéquates pour conduire à l'identification et à la sanction des agents publics responsables de la torture alléguée par un individu. Ainsi, en prenant en compte, en l'espèce, que le comportement de la

police a été dénoncé et, dans certains cas, a conduit à des arrêts condamnatoires, la Cour Constitutionnelle rappelle que la faute de la preuve du caractère excessif ou vexatoire du comportement de la police et la non-constatation du défaut de diligence dans l'enquête ont amené la Cour européenne, dans un cas semblable, à rejeter l'allégation de violation de l'article 3 CEDH (*Caloc c/ France*).

La Cour Constitutionnelle, examinant la validité comme preuve à charge des premières déclarations faites par les appelants devant le juge d'instruction, immédiatement après la mise au secret de cinq jours au cours de laquelle ils dénoncent des tortures et mauvais traitements, conclut que lesdites déclarations ont été faites avec toutes les garanties constitutionnelles : mise à disposition judiciaire des détenus, examen par un médecin, lecture de leurs droits (notamment celui de ne pas s'auto-incriminer), désignation d'un avocat. Néanmoins le respect de ces garanties formelles – qui, dans des circonstances normales, permet d'affirmer la spontanéité et le caractère d'une simple déclaration – n'est pas suffisant dans le cas d'espèce, où les circonstances exceptionnelles exigent qu'on ait éliminé le soupçon de défaut de liberté dans la déclaration.

La Cour conclut que les déclarations faites devant le juge central d'instruction, immédiatement après la fin de la mise au secret, sont viciées par la torture exercée avant, dont l'effet coercitif pouvait continuer à s'exercer sur la liberté des intéressés, sans que cet effet soit efficacement contrecarré par l'obtention par le juge de garanties matérielles.

Article 6 de la Convention

Cour constitutionnelle, arrêt n° 39 du 22 mars 2004

Dans ce jugement, la Cour constitutionnelle se penche sur le droit à un juge impartial dans un procès dans lequel les magistrats de l'Audiencia Provincial, en première instance, furent les mêmes que ceux qui révoquèrent la décision de non-lieu en continuant la procédure et en ordonnant la réalisation de certains actes.

La Cour commence par affirmer que la reconnaissance du droit à l'impartialité judiciaire exige que l'on garantisse à l'accusé qu'il n'existe aucun doute sur l'existence de préjugés ou de

préventions dans l'organe judiciaire, surtout s'il y a une relation entre le juge de la juridiction de jugement et le *thema decidendi*.

Elle rappelle aussi que la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme établit que l'accusé doit avoir des raisons sérieuses et objectives de douter de l'impartialité du juge ; il ne suffit pas que le juge ait simplement participé à une procédure antérieure pour être suspect de partialité (*Hauschildt c/ Danemark*, Fey

c/ Autriche, Castillo Algar c/ Espagne, Werner c/ Pologne, Perote Pellón c/ Espagne).

La Cour constitutionnelle conclut qu'il n'y a pas violation de ce droit dans les cas de confirmation, en deuxième instance, d'une décision d'inculpation quand cette confirmation se fonde sur le fait que l'imputation est raisonnablement fondée, tant que cela n'implique pas d'anticiper un jugement sur la responsabilité pénale de l'accusé ni qu'on puisse constater un contact direct avec l'accusé ou avec les preuves. Enfin, la Cour recourt à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg en ce qui concerne les cas où, comme dans le présent recours, les doutes en qui concerne l'impartialité du juge se fondent sur une révocation d'une décision de classement de l'organe de révision, en rappelant que cette circonstance a été un motif pour que la Cour

européenne déclare la violation de ce droit à l'impartialité juridique (Oberschlick c/ Autriche). Néanmoins la Cour constitutionnelle considère que cette violation ne se produit pas dans le cas d'espèce. Elle rejette également l'existence d'une violation du droit à un juge impartial dans des cas qui se limitent à examiner des aspects purement formels du développement de l'instruction et des questions abstraites et générales sur l'éventuelle existence d'une question antérieure de légalité administrative, sans aucune relation avec les circonstances de l'espèce.

La Cour constitutionnelle s'appuie sur toutes ces considérations pour conclure que, dans le but de résoudre le cas concret qui est posé, il faut considérer objectivement justifiés les doutes sur l'impartialité judiciaire et violé le droit à un juge impartial.

Articles 6 et 10 de la Convention

Cour constitutionnelle, arrêts n°s 56 et 57 du 19 avril 2004

La question en cause était celle de la compatibilité entre la liberté d'information – en l'espèce, laisser les professionnels de l'information accéder aux activités judiciaires de caractère public, en utilisant pour leur travail des moyens d'enregistrement et de diffusion visuels – et la protection adéquate de valeurs constitutionnellement protégées relatives aux intérêts de la collectivité. Cette compatibilité se matérialisait ici par la possibilité qu'ont les organes judiciaires d'interdire certains moyens techniques d'enregistrement ou de diffusion de l'information quand la liberté d'information doit céder le pas à d'autres droits fondamentaux.

La Cour constitutionnelle s'appuie sur la jurisprudence de la Cour européenne des Droits

de l'Homme pour ce qui concerne les limites au droit à la publicité des audiences et la possibilité d'interdire l'accès à la presse et au public pendant tout ou partie du procès, quand l'exigent l'intérêt d'un mineur, la vie privée des parties en cause ou la sécurité des témoins. Elle en conclut que les principes ci-dessus mentionnés peuvent s'interpréter comme permettant aussi à l'organe judiciaire d'adopter une position intermédiaire entre l'audience publique et le huis-clos s'il considère que, dans les circonstances particulières d'un cas précis, l'exclusion de certains moyens techniques d'enregistrement ou de diffusion suffit à protéger les biens ou les droits protégés.

Articles 6 et 13 de la Convention

Cour constitutionnelle, arrêt n° 5 du 16 janvier 2004

Le parti politique Batasuna présente un recours en amparo [action soutenant qu'un pouvoir public a violé un droit ou une liberté fondamentale] en considérant que les résolutions judiciaires de la Cour Suprême sur l'interdiction des partis politiques porte atteinte à divers droits, entre autres le droit à un juge impartial, qui veut que la décision soit prise par un tiers étranger aux parties en cause et aux intérêts en cause, dont l'unique critère soit l'ordre juridique.

La Cour constitutionnelle, s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, distingue entre l'impartialité subjective, qui garantit que le juge n'ait pas entretenu de relations illicites avec les parties, et l'impartialité objective, qui assure que le juge approche le *thema decidendi* sans préjugés (arrêts Delcourt, Piersack, De Cubre, Hauschildt, Langborger, Holm, Gautrin et autres, Buscemi). Pour

qu'un juge soit remplacé, il faut que les doutes sur son impartialité soient objectivement justifiés.

D'autre part, l'arrêt n° 48/2003 de la Cour constitutionnelle a reconnu expressément la constitutionnalité de l'attribution à une chambre spéciale de la Cour suprême de la compétence de décréter la dissolution d'un parti politique sur la base d'une des causes établies dans la Loi organique sur les partis politiques, et implicitement quelques autres questions posées dans le procès judiciaire, comme celle de la nécessité d'établir une double instance judiciaire pour les décisions sur la dissolution des partis politiques. En effet, le caractère pénal de cette procédure n'étant pas reconnu, la nécessité d'une deuxième révision judiciaire n'a plus de fondement. Le raisonnement est le même dans le cas d'une éventuelle exigence constitutionnelle de révision juridictionnelle des décisions judiciaires limitatives de droits fondamentaux, laquelle est d'application seule-

ment dans le cas d'actes limitatifs des pouvoirs publics qui ne proviennent pas des organes juridiques, ce qui élimine de manière expresse qu'elle s'applique aux résolutions judiciaires.

De plus, la Cour constitutionnelle signale que la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme invoquée à l'appui de la demande (arrêts *Procola c/ Luxembourg* et *McGonnel c/ Royaume-Uni*) présente des différences importantes avec le cas présent.

En l'espèce, où le défaut d'impartialité allégué résultait de déclarations faites par l'un des juges à certains médias, la Cour constitutionnelle, s'appuyant à nouveau sur la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme (arrêts *Buscemi c/ Italie* et *Wille c/ Liechtenstein*) déclare que l'analyse ne peut être faite de façon abstraite, mais qu'il faut voir si les circonstances précises des déclarations permettent de constater une prise de position sur le fond ou bien, au contraire, s'il s'agit simplement de la manifestation d'une première impression, insuffisante pour

être considérée comme un jugement anticipé et mettre en doute l'impartialité du magistrat. La Cour considère comme circonstances significatives, entre autres, que cette opinion ait été émise en qualité de juge ou à titre personnel, que le procès ait commencé ou non, le média dans lequel elle a été publiée, le degré de parallélisme entre l'objet de l'opinion et l'objet du procès et l'importance, l'ampleur, la radicalité de l'opinion émise.

L'analyse de ces circonstances permet au tribunal de débouter le demandeur.

Sur la violation du droit à la présomption d'innocence, constatant que certains des faits déclarés prouvés dans l'arrêt le soient uniquement sur la base d'une nouvelle isolée publiée dans la presse, la Cour constitutionnelle rappelle qu'il appartient exclusivement aux juges et tribunaux ordinaires de peser les éléments de preuve pour argumenter la décision, sans que l'on puisse réviser en cassation ces appréciations, sauf si elles ont été arbitraires, irraisonnées ou fausses.

Cour constitutionnelle, arrêt n° 12 du 9 février 2004

La Cour Constitutionnelle requalifie la requête. Les appelants considèrent violés le droit à un contrôle judiciaire effectif et la présomption d'innocence du fait que les témoignages, qui ne peuvent être appréciés qu'en première instance, n'ont pas été recueillis en respectant le principe de présence de l'accusé en appel.

La Cour se réfère à sa jurisprudence sur l'exigence du respect des principes de publicité, de comparution et de contradiction dans l'évaluation des preuves en deuxième instance – surtout lorsqu'un arrêt d'acquiescement en première instance est remplacé par une condamnation en appel. Cette jurisprudence rectifie celle qui existait antérieurement, pour adapter l'interprétation constitutionnelle du droit fondamental à un procès équitable aux exigences de la CEDH. La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans ce domaine implique, en principe, la faculté de l'accusé d'être présent et entendu personnellement en première instance ; l'exigence de cette garantie en appel dépend des

particularités du procès. On ne peut pas conclure que la plénitude de juridiction dont est investie une juridiction d'appel n'implique pas toujours le droit à une audience publique en deuxième instance, indépendamment de la nature des questions à juger. Mais, quand la juridiction d'appel doit connaître à la fois de questions de fait et de droit, et spécialement quand elle doit étudier la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, la Cour européenne considère que l'appel ne peut être résolu équitablement sans un examen direct et personnel de l'accusé qui nie avoir commis l'infraction ; il faut donc tenir une audience complète, en présence de l'accusé et des autres parties en cause (notamment, *Tierce* et autres *c/ Saint-Marin*, affaire dans laquelle elle exclut que l'absence de faits nouveaux soit suffisante pour justifier une exception à la nécessité de débats publics en appel en présence de l'accusé, en prenant en compte surtout les questions soumises au juge d'appel).

Cour suprême, arrêt n° 149 du 26 février 2004

La Cour suprême se réfère à l'interprétation qui doit être faite du motif de cassation inclus dans l'article 850-1 du Code de procédure pénale, qui acquiert une importance spéciale comme moyen de faire assurer le respect des garanties fondamentales du droit à un procès équitable, consacré par la Constitution (article 2 relatif au droit d'utiliser les moyens de preuve pertinents pour sa défense) et dans les textes internationaux qui lient l'Espagne.

Est inclus dans ces garanties essentielles le droit de toute personne accusée d'un délit à faire valoir toutes sortes de preuves à sa décharge et à contredire les preuves à charge. La jurisprudence de la Cour suprême inclut dans les motifs de cassation tant les hypothèses de non-admission d'un moyen de preuve que celles du refus de suspension d'un jugement pour défaut d'utilisation de la preuve antérieurement admise, ce qui est le cas en l'espèce.

Pour pouvoir estimer ce motif, il faut que les quatre conditions suivantes soient réunies : 1. que la diligence des preuves ait été sollicitée par l'appelant en temps et forme, ce qui, dans le cas des témoins, doit se concrétiser dans sa proposition nominatum dans l'écrit de qualification provisoire, avec désignation de l'identité des personnes ; 2. que cette preuve ait été déclarée pertinente par le tribunal et, en conséquence de quoi, ait été prévue d'un point de vue procédural ;

3. que dans le cas de la décision de non-suspension, on ait constaté formellement la protestation, au niveau opportun de la procédure, avec mention dans l'acte de procédure correspondant ; 4. que quand il s'agit de témoins, l'appelant ait sollicité la consignation, même de façon succincte, des grands traits de l'interrogatoire qu'il se proposait de faire passer au témoin, afin que puisse être évaluée l'importance du témoignage.

Cour suprême, arrêt du 1^{er} avril 2004

La Cour suprême refuse un recours en cassation fondé, entre autres motifs, sur la violation du droit au contrôle judiciaire effectif et au droit à un procès équitable du fait de la non-répétition des preuves ayant fondé la décision. Elle signale que ni le Pacte International sur les Droits Civils et Politiques ni la CEDH n'exigent l'existence d'un nouveau procès avec répétition des preuves, ce qui n'apporterait aucune nouvelle garantie et entraînerait des coûts supplémentaires. Ce qui résulte de ces textes, c'est que la décision condamnatrice et la peine doivent être soumises à un tribunal supérieur, en accord avec la loi. L'actuel recours en cassation, surtout depuis la promulgation de l'article 5-4 de la loi organique sur le pouvoir judiciaire, rend possible ce

recours de la décision condamnatrice et de la peine à un tribunal supérieur.

La Cour signale que son rôle, dans le cadre d'un recours en cassation où est invoquée la violation du droit à la présomption d'innocence, consiste à vérifier que les garanties inhérentes à un procès aient été respectées, que la preuve soit licite, que le tribunal ait explicité l'exercice de sa juridiction dans le fondement de la résolution, en accord avec les règles de la logique, de la science et de l'expérience. La Cour de cassation doit constater qu'il existait une preuve quant aux charges et que le raisonnement a été logique et rationnel, en effectuant une évaluation du matériel probatoire pris en compte pour dicter le jugement de condamnation soumis à révision.

Cour constitutionnelle, arrêt n° 28 du 4 mars 2004

Les appelants font valoir que l'évaluation des preuves par la Cour d'appel, qui révoquait un arrêt absolu de première instance et condamnait l'accusé sans l'avoir vu directement et personnellement, viole leur droit à un contrôle judiciaire effectif et leur droit à la présomption d'innocence, en ne respectant pas les garanties de publicité et de caractère oral et contradictoire, qui exigent une nouvelle audience en présence de l'accusé et des autres parties intéressées au procès.

La Cour constitutionnelle examine cette question sur la base de sa propre jurisprudence sur l'application des principes sus-évoqués en deuxième instance dans les cas où l'arrêt absolu de première instance est remplacé par un arrêt condamnatrice en appel. Cette doctrine

s'appuie sur l'article 6 § 1 CEDH et la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, qui établit que la plénitude de juridiction dont dispose un tribunal d'appel n'implique pas nécessairement le droit à une audience publique en deuxième instance. Cependant, la Cour constitutionnelle conclut que, prenant en compte la configuration spécifique du système de procédure pénale espagnol, spécialement quand le tribunal doit connaître de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé – décision qui dépend de l'évaluation des déclarations de l'accusé et des témoins – il est évident que le respect des principes sus-cités exigent que la juridiction d'appel entende les appelants qui nient avoir commis l'infraction.

Cour constitutionnelle, arrêt n° 128 du 19 juillet 2004

L'affaire porte sur la nécessité de respecter les garanties de publicité, immédiateté et contradiction pour l'évaluation des preuves – écrites ou orales – en deuxième instance pénale.

La Cour constitutionnelle cite son arrêt n° 167/2002, dans lequel elle dit que l'article 6 § 1 CEDH inclut le droit de l'accusé d'être présent au procès et d'être entendu personnellement et rappelle que la Cour européenne des Droits de

l'Homme affirme que, même s'il n'est pas toujours indispensable qu'il existe un jugement en deuxième instance – puisque celui-ci dépend de la nature de la matière à juger et des circonstances – il doit y avoir un examen direct et personnel de l'accusé qui nie les faits lorsque la seconde instance est appelée à juger globalement sa culpabilité ou son innocence.

Article 8 de la Convention**Cour constitutionnelle, arrêt n° 16 du 23 février 2004**

La protection des droits à l'intégrité physique et morale, à l'intimité personnelle et familiale et à l'inviolabilité du domicile couvre aussi les risques qui apparaissent dans une société technologiquement avancée.

La Cour constitutionnelle s'appuie sur la doctrine de la Cour européenne des Droits de l'Homme pour conclure que dans certains cas, spécialement graves, des dommages environnementaux peuvent attenter au droit au respect de la vie privée et familiale en privant de la jouissance du domicile (arrêts Powell et Rayner c/ Royaume-Uni, López Ostra c/ Espagne, Guerra et autres c/ Italie, Hatton et autres c/ Royaume-Uni). Elle relève que le droit à l'intimité personnelle et familiale – que l'article 18 de la Constitution sépare de l'inviolabilité du domicile en les incluant dans des alinéas différents, alors que

l'article 8 § 1 CEDH les traite ensemble – fait référence à un cadre de la vie des personnes qui exclut la connaissance et l'intromission d'autrui et dont la délimitation doit se faire en fonction du libre développement de la personnalité. Elle observe que l'un de ces cadres est celui du domicile, dans lequel l'individu, libre de tous assujettissements aux us et conventions sociales, exerce sa liberté la plus intime. Elle constate qu'une exposition prolongée à certains niveaux de bruit, objectivement qualifiés comme évitables et insupportables, fait mériter la protection du droit fondamental à l'intimité personnelle et familiale, dans le cadre du domicile, dans la mesure où ils nuisent au développement de la personnalité, si l'atteinte vient d'actes ou d'omissions d'actes d'organismes publics à qui l'on puisse l'imputer.

Article 10 de la Convention**Cour suprême, arrêt n° 654 du 12 juillet 2004**

La Cour suprême se réfère à la position spéciale qu'occupe la liberté d'information comme facteur nécessaire du pluralisme politique, spécialement dans le cas de concurrence avec d'autres droits fondamentaux. Quand la liberté d'information se heurte au droit fondamental à l'honneur, elle est subordonnée à son importance publique et à la véracité de l'information.

Pourtant, la véracité exigible du contenu de l'information ne peut pas être absolue, pour ne

pas annuler pleinement le droit à la communiquer. Ainsi, la Cour considère que cette condition est remplie, même si sa qualité peut être discutée ou même si l'information comporte quelques erreurs qui n'affectent pas son essence. La Cour prend en compte la diligence dont a fait preuve l'informateur, en comparaison du modèle ou standard professionnel et en relation avec les circonstances de l'espèce.

Cour constitutionnelle, arrêt no 65 du 19 avril 2004

La Cour constitutionnelle analyse la nécessité de rendre compatible le respect à la liberté de l'avocat dans la défense et le respect de l'avocat envers les autres parties et sujets présents dans la procédure et qui participent de l'administration de la justice. Dans ce cas, il s'agit d'examiner si la sanction disciplinaire pour faute de respect aux juges et tribunaux (article 450.1.b) de la Loi organique sur le pouvoir judiciaire), imposée à un avocat qui dans ses exposés oraux critiquait l'arrêt objet de l'appel, constitue une violation de ses droits à la légalité de la sanction et à la liberté d'expression dans l'exercice de la défense (articles 20.1.a) et 24.2 de la Constitution). Pour cela, la Cour constitutionnelle a recours à sa jurisprudence sur cette manifestation spéciale de la liberté d'expression, résumée dans le fondement juridique 2 de l'arrêt n° 117/2003, selon lequel il s'agit d'une manifestation renforcée de la liberté d'expression qui, de par sa connexion immédiate avec le droit à la défense, est spécialement

protégée contre les restrictions que, dans un autre contexte, il faudrait lui appliquer.

La Cour constitutionnelle précise que la qualité spéciale de la liberté d'expression de l'avocat dans l'exercice de la défense de son client doit être étudiée dans son contexte, en tenant en compte la finalité qui justifie ce régime spécial, sans que soit oubliés le respect envers les autres parties et sujets présents dans la procédure et l'autorité et impartialité du pouvoir judiciaire, que l'article 10 § 2 CEDH érige en limite explicite de la liberté d'expression (arrêt Barfod). L'existence d'un conflit entre deux droits fondamentaux tels que ceux-ci oblige l'organe judiciaire à déterminer si la conduite de l'avocat est dans les limites de la liberté d'expression, nécessaire à l'exercice efficace du droit à la défense, ou si elle met en doute l'impartialité du juge, trouble l'ordre public ou attente au respect dû aux autres intervenants au procès.

Sweden/Suède

Article 6 of the Convention

M.B. and K.B. were married on 17 May 2001. The 21 August 2001 M.B. brought action before a court against K.B. for dissolution of the marriage. K.B. opposed the claim, alleging that M.B. did not want a divorce and that he, due to a brain damage, signed the application for the summons under the influence of other persons and without understanding the significance of the claim for divorce. K.B. requested a main hearing in the case and after the request had been rejected in the District Court and the Appeal Court, the case was brought before the Supreme Court that stated that the right to an oral hearing according to Article 6 ECHR, had been violated.

After M.B. applied for divorce to the District Court, and K.B. had opposed the application, under the allegation that M.B. did not want a divorce from her, the District Court decided to provide for a period of consideration. During the proceedings of the case the District Court arranged a trustee for M.B. to look after his right, administer his estate and care for his person. When the period of consideration had come to an end, the District Court decided that the divorce would be carried out without hearing the parties. K.B. appealed the decision to the Court of Appeal and claimed that the Court of Appeal should reverse the decision by the District Court. In support of her claim, she put forth that M.B. was deprived of his liberty and thereby hindered from expressing his real wishes. She further questioned if it was M.B. who had signed the documents in the case. M.B. opposed any modification of the District Court's decision and stated that he wanted the marriage dissolved. K.B. requested that a main hearing should be held in the case. The Court of Appeal joined the District Court in its decision and dismissed K.B.'s request of a main hearing. K.B. appealed the decision and claimed that the Supreme Court should reverse the decision of the Court of Appeal and that the claim would be dismissed. M.B. rejected any modification of decision.

The Supreme Court stated that in deciding whether an oral hearing can be omitted, the European Convention must be considered. Article 6 ECHR gives in principle a party the right to an oral hearing, at least in one instance, when it comes to cases regarding, among other things, the party's civil rights. There are, however, exceptions to the principle of oral hearings. A fundamental condition for the right to an oral hearing is the existence of a real and serious litigation. But even if that is the case, there is not always a need for a hearing if the litigation only concerns legal issues or if the causes put forth are legally irrelevant. Furthermore, there is not always a need for oral hearings if the party has renounced the right to hearings, either explicitly or by not requiring hearings.

Regarding cases of divorce, chapter 14, section 12 of the Marriage Code states that a claim for divorce can be decided without a main hearing. According to the same Code, there is an unconditional right to dissolution of marriage when the period of consideration has come to an end, and the trial of a case before a court is normally of a formal nature. Thus, to simply oppose because the opposing party does not want a divorce, does not give the right to an oral hearing, not even according to Article 6 ECHR. However, K.B. claimed that the documents in the case did not express the wishes of M.B, who was mainly spoken for by his trustee. According to the Supreme Court, K.B.'s request for a main hearing regarded the factual circumstances in the case.

The Supreme Court stated that even when the value of an oral hearing can be questioned, the European Court has upheld the demand for an oral hearing. It therefore decided that K.B. had the right to an oral hearing according to article 6 ECHR. Since no such hearing was held in the District Court, the Supreme Court sent the case back to the Court of Appeal for continued hearings.

Supreme Court, 6 November 2003, Ref NJA I 2003: 76

Serbia and Montenegro requested that a person would be extradited from Sweden on the grounds of two judgments, the first made by the Court in Nis and the second by the Supreme Court in Belgrade. The Court in Nis had sentenced the defendant to three years of imprisonment for being guilty of gross robbery and gross theft, and the Supreme Court in Belgrade had only modified the sentence in such manner that it

was set to four years. The defendant was through amnesty liberated from two years of the sentence. The case had been handed over to the Swedish Prosecutor-General, in accordance with the Act on Extradition of Offenders, and had after investigation been delivered to the Supreme Court together with the Prosecutor-General's own statement. The sentenced opposed the extradition request.

According to Section 9, § 3 of the Act on Extradition of Offenders, it is possible to, through an agreement with an alien state, decide that a convicting decision in the alien state shall be a valid ground for extradition, unless it in the individual case, is clear that the decision is obviously incorrect. The Supreme Court noted that both Sweden and Serbia Montenegro are parties to the European Convention on Extradition since 29 December 2002, which cater for an agreement of the kind mentioned. The Supreme Court stated that the decision could not be considered obviously incorrect.

However, Section 9, § 3, Subsection 2 of the Act on Extradition of Offenders, states that a decision that has been delivered when the accused has been absent during the proceedings before court, shall be accepted only if the defendant's right to a defend himself has been adequately ensured or if the defendant will have the opportunity to initiate new proceedings guaranteeing this right. No such assurance regarding new proceedings had been given in the case. The Supreme Court therefore had to decide if the right of the defendant to defend himself had been adequately ensured.

The Supreme Court stated that a decision on extradition should be taken against the background of Article 6 § 1 ECHR. In its examination of the case, the Supreme Court noted that the defendant was present in person at the proceedings in Nis and that he thus had full knowledge of the accusations against him. The defence counsel,

with the support of an authorisation from the defendant, appealed the sentence to the Supreme Court in Belgrade. The Swedish Supreme Court stated that the Serbian Supreme Court apparently decided in the case on the basis of the same material as the Court in Nis, also taking into consideration the objections in writing against the decision, which were put forth by the defence of the defendant. According to the Swedish Supreme Court, these circumstances spoke in favour of accepting that the case was decided in the absence of the defendant, since he had omitted to keep the Court informed of where he could be reached.

However, also the prosecution, with a claim of increasing the sentence, had appealed the decision. This appeal was not notified to the defendant in person. Against the background that the defendant was at risk of having his sentence increased, the Swedish Supreme Court stated that the Supreme Court in Belgrade had not made enough efforts to notify him of summons to the proceedings. The Swedish Supreme Court further noticed that there were no circumstances that could give the Court in Belgrade reason to believe that the defendant was avoiding the proceedings. According to The Swedish Supreme Court, the procedure to, under these circumstances, decide in the case in the absence of the defendant and increase the sentence should be considered as a violation of Article 6 ECHR, since the right of the defendant to defend himself had not been adequately ensured.

Supreme Administrative Court, 11 November 2003, Ref Rå 2003 not 185

The Supreme Administrative Court decided that a dissolved company's right to a trial before a court for imposed tax or charge supplements does not implicate an unconditional right to a trial. The decision to reject the company's claim to be tried before a court could therefore not be seen as a violation of Article 6 ECHR, according to the Supreme Administrative Court.

The taxation authorities denied the company Projorg Service AB certain cost deductions for the income-tax assessments for 1996 and 1997, imposed liability to pay tax at the source and payroll tax on the company, and to pay charge supplements. The company appealed to the County Administrative Court, which requested that the company would make a complementary addition regarding its petitions and reasons. When this was not done, the court rejected the appeal in December 2000, in accordance with Section 4 and 5 of the Administrative Court Procedure Act. The company had by that time been declared bankrupt. After the company appealed the decision by the County Administrative Court, the bankruptcy was terminated

without surplus in 2001 and the company was dissolved, in accordance with Chapter 13, Section 49 of the Swedish Companies Act. The Administrative Court of Appeal stated that the company did not have the ability to act as a party in a trial after having been dissolved and rejected the appeal. The company brought the case before the Supreme Administrative Court and claimed that they had been denied the right to a trial before a court. The company claimed that the fact that there had been no trial regarding the imposing of charge supplements by the taxation authorities was a violation of Article 6 ECHR.

The Supreme Administrative Court stated that a dissolved company, according to the general rule, lacks ability of party, but that exceptions had been made in case-law when it had been considered that there were special reasons for, in the interest of a company or its counterpart, a dispute to be tried before a court after the dissolution of the company. According to the Supreme Administrative Court, it may seem unreasonable to discontinue the process and prevent a retry of the decision of the County Administrative Court in a

case like this, but it found no special reasons to let the process carry on.

The issue that the Supreme Administrative Court had to address was if the circumstance that the company had been imposed to pay charge supplements, which are charged in the same way as tax supplements, implicates that the company, with the application of the rules of the European Convention, is entitled to a trial in the Administrative Court of Appeal. The Supreme Administrative Court stated that, with reference to the fact that the system of tax supplement has been considered to contain a violation of Article 6 ECHR, someone who is liable to pay tax is always entitled to a retry in an administrative court for imposed tax or charge supplements and, in order to protect the legal rights of the individual, it is also necessary that the basic decision for the tax assessment can be retried.

According to the Supreme Administrative Court, however, it does not follow from the European Convention that there is any right to a trial before a court in more than one instance. The

company stated that it should not be considered as if no trial had taken place in the case in question, since the County Administrative Court had rejected the appeals of the company. However, the Supreme Administrative Court stated that a dissolved company does not have an unconditional right to have a case tried in court. The right to a trial before a court does not extend further than to secure that such a company has the possibility to act as a party in a court if the circumstances are such that it otherwise would have lost that possibility due to the fact that it was dissolved. That the County Administrative Court dismissed the appeals because the conditions for a trial were flawed, which are not connected to the dissolution of the company, does therefore not imply that the right to a trial before a court has been violated, according to the Supreme Administrative Court. Thus, the Supreme Administrative Court upheld the decision of the Administrative Court of Appeal to reject the appeals of the company.

Articles 6 and 8 of the Convention

Supreme Court, 1 September 2003, Ref NJA I 2003:48

In the District Court R.H., O.N., and B.H. were accused of gross weapon crime and T.Z. and J.L. for complicity in those offences. In support of the charges the prosecution invoked, among other things, recordings and notes of messages to and from telephones used by J.L. and T.Z., who had been tapped as they were suspected for good reason of gross narcotics crime. The accused rejected that the mentioned evidence should be used, claiming that the tapping was not based on suspicion of the crimes that were of concern in the case and that it did not exist any legal possibility to decide to tap the phones on suspicion of such crimes. Referring to, among other things, Articles 6 and 8 ECHR the accused claimed that the recordings and notes should be dismissed as evidence in the case. The prosecution rejected that the evidence would be dismissed, stating that the evidence was acquired through a lawful decision of secret phone tapping. It also stated that it is permitted to use and present surplus information as evidence in judicial proceedings due to the principle of free evaluation of evidence in Swedish procedural law (Chapter 35, Section 1, Sub paragraph 1 of the Code Judicial Procedure). The District Court decided to allow the evidence and the accused were convicted of the charges brought before the court. The defendants appealed the decision to the Court of Appeal, which joined the District Court in its judgment.

The Supreme Court stated that in order to carry out secret telephone tapping it is required that there is a suspicion of a crime for which there is prescribed a sentence of not less than two years

of imprisonment, according to Chapter 27, Section 18, § 2 of the Code of Judicial Procedure. However, the sanction for gross weapon crime consists, according to Chapter 9 and Section 1 of the Weapon Act, of imprisonment for no less than six months and at the most four years. Since the minimum sentence falls below two years of imprisonment, secret telephone tapping would not have been allowed in a preliminary investigation regarding suspicion of the type of crime that the charges refer to. The evidence in question is thus constituted of what is usually called surplus information. Since the use of surplus information was not regulated by Swedish law at the time being, the Supreme Court had to consider to what degree such information could be put forth as evidence. According to Swedish procedural law, it is considered that everything that has a value as evidence can be put forth as evidence; the law follows a principle of free evaluation of evidence. This has in general been the case even when the evidence has not been acquired according to the prescribed order or if uncertainties have existed with regards to the origins of the evidence. The Supreme Court stated that from these perspectives there were few reasons to consider the absence of positive legal support as an obstacle for the use of the evidence.

The Supreme Court also had to consider if the provisions of Articles 6 and 8 ECHR posed an obstacle to the use of the evidence in question. Since secret telephone tapping is a measure that constitutes an interference with the right to respect for private and family life as guaranteed in

Article 8 § 1 ECHR, it is only allowed under the circumstances mentioned in Article 8 § 2. In its case-law the European Court of Human Rights has found that violations of Article 8 have existed not only in situations where there have not been any support in the national legislation for the tapping, but also in cases where such support have existed in national legislation but where the provisions were considered to be too vague or too general in their formulation. However, the Supreme Court stated that the question if the absence of positive legal regulations regarding the treatment of surplus information could lead to a violation of Article 8 had no conclusive significance when it as in this case comes to deciding whether the information can be used as evidence in a trial. From the case-law of the European Court regarding the application of the provisions of Article 8, it is clear that it is above all a concern of the national legal system when it comes to considering what investigation can be used in a national court, and that it can be legitimate to invoke even such an investigation that has been acquired in a way that is inconsistent with the Convention, according to the Supreme Court.

Articles 6 and 13 of the Conven- tion

Supreme Court, 14 October 2003, Ref NJA I 2003:62

In 1994, the defendant in the case was notified of suspicion of crime, including gross breach of faith committed by an agent against his principal and gross embezzlement, and a preliminary investigation was instigated. In 2001, proceedings were initiated against the defendant in the District Court, which the same year found him guilty of the offences. Under normal circumstances, the offences would entail a sentence of imprisonment. However, the District Court found that Article 6 § 1 ECHR, which states that an individual who is accused of a crime is entitled to a fair and public hearing within reasonable time, had been violated. The Court also considered chapter 29, section 5, § 1 of the Penal Code, which prescribes that the courts shall in determining the appropriate punishment give consideration to whether there have been circumstances that may, if there are special grounds for so doing, lead to the imposition of a less severe punishment than that prescribed for the crime. Against this background, the District Court found that there were reasons to sentence the accused to a conditional sentence. Both the prosecution and the accused appealed against the decision. The prosecution requested that the defendant should be sentenced to imprisonment. The defendant petitioned that the Court of Appeal should dismiss the charges completely. The Court of Appeal, in its decision, upheld the decision of the District Court. The Prosecutor-General appealed the decision to the Supreme Court and petitioned that the sanction

The Supreme Court also stated that the European Court has emphasised that it should be taken into consideration if such an investigation has been the only evidence that has formed the basis for a conviction or if it has been a decision based on a various kinds of evidence. In the case in question the Supreme Court noted that the decision for the telephone tapping was taken according to the regulations prescribed by the law, that the claimed surplus information was given voluntarily by the persons tapped, that the defendants had the opportunity to confront the evidence, and that the surplus information was not the only evidence that was invoked by the prosecution. Against this background, the Supreme Court decided that the use of the mentioned evidence could not be seen as a violation of Article 6 ECHR.

In sum, the Supreme Court stated that the extent to which surplus information can be brought before a court as evidence was at the time being unregulated, but that in this case there were no obstacles to the use of the surplus information as evidence, neither according to the Code of Judicial Procedure, nor the ECHR.

should be changed to imprisonment. Proceedings in the Supreme Court commenced in 2003.

The Supreme Court stated that the relevant time for considering whether the right to a fair trial within reasonable time would start the day a person can be said to be accused of a crime and ends the day there is a final decision in the case. In this case the accused was notified of suspicion of crime in 1994 and the Supreme Court finally decided in the case in 2003. Thus, the relevant time would be nine years.

In the assessment whether the requirement of a trial within reasonable time has been observed, it is, according to the Supreme Court, of particular importance to establish how complicated the case has been and how the defendant and the concerned courts and authorities have acted. It was established that neither the complexity of the case nor the actions of the defendant during the proceedings of case, from the time of notification of suspicion until institution of charges, could explain why the case had been prolonged. Rather, this was seemingly caused by the passivity of the police and prosecuting authority. The reasons that had been put forward for the delay – *inter alia*, lack of resources, change of prosecutor – cannot be accepted when assessing whether a violation of Article 6 § 1 ECHR has occurred. Accordingly, the Supreme Court found that the delay in the case was of such extent that it constituted a violation of the defendant's right to a fair trial within reasonable time.

According to Article 13 ECHR, everyone whose rights and freedoms as set forth in the Convention have been violated shall have an efficient remedy before a national authority. The case-law of the European Court makes clear that such a remedy not necessarily has to provide the possibility of economic compensation; in criminal cases the compensation may consist of modifying the outcome of a case in a favourable manner for the defendant. For such a compensation to be acceptable it is, however, required that it is apparent that the purpose has been to compensate for the delay and that the compensation has been of significant importance for the sanction and carried out in a clear and measurable way.

The Supreme Court found that it is possible to meet the requirements of the European Convention of access to an efficient remedy through the application of the Penal Code's provisions for determination of punishment. In its

assessment of punishment, the Supreme Court stated that Chapter 30, Section 4 of the Penal Code instructs courts to pay special attention to any circumstances that argue for the imposition of a less severe punishment than imprisonment and Chapter 29, Section 5, § 7 prescribes that the courts shall in determining the appropriate punishment give consideration to whether there have been circumstances that can reduce the punishment. However, the Supreme Court considered that the penal value of the crimes committed motivated a sentence of imprisonment. The sentence was reduced to half of the time of the penal value (three years' imprisonment) of the crimes as compensation for the fact that the defendant had not been given a trial within reasonable time. Due to the personal consequences of the delay for the defendant, the final sentence was set to one year of imprisonment by the Supreme Court.

Supreme Court 10 November 2003, Ref NJA I 2003:78

An individual was sentenced to one month's imprisonment for assault by the District Court. Both the defendant and the prosecution appealed the decision. In the proceedings before the Court of Appeal, the defendant referred to new oral and documentary evidence. The Court of Appeal rejected some items of evidence offered and requested the defendant to further clarify the purpose of other items of evidence referred to. After having submitted supplementary information regarding the latter evidence, the Court of Appeal rejected certain additional evidence, as well as additional claims made by the defendant. Through the Court of Appeal's decisions in this regard the defendant was allowed to, to a certain extent, adduce new evidence. In its final decision, the Court of Appeal modified the decision of the District Court and sentenced the defendant to imprisonment for six months for assault. This decision subsequently gained legal force, when the Supreme Court did not grant leave to appeal. The defendant appealed the judgment, but the Supreme Court did not grant leave to appeal.

The defendant later applied to the Supreme Court for a summons against the judges in the Court of Appeal. In support of his plea, the now plaintiff claimed that the judges involved in the decisions of the Court of Appeal, were to be personally held liable for damages they allegedly had caused the defendant. He stated that these judges, in connection with their respective decisions, had been guilty of fault and negligence when carrying out their duties because, among other things, they had denied him the right to adduce evidence and the right to a fair trial before an impartial court, and that they thereby had caused him injury.

The Supreme Court stated that according to the second sentence of the first paragraph in Section 5 of Chapter 42 of the Code of Judicial Procedure, which Chapter 57, Section 1 and Chapter 53, Section 1 of the mentioned Code shall be applied in the trial in the Supreme Court, the court is allowed to immediately enter judgment in a case without issuing a summons if the plaintiff's statement does not constitute a legal basis for the case, or if it is otherwise clear that the case is unfounded. Since this provision entails a fundamental departure from normal accusatorial court procedure, the Supreme Court stated that also Article 6 § 1 ECHR should be considered in the interpretation of the provision.

A pre-condition for a dispute to be said to concern someone's civil rights, is that it must concern something that can be said, at least on arguable grounds, to be recognised under domestic law as a right. According to Chapter 4, section 1 of the Tort Liability Act, employees are under certain circumstances to be held liable for damages caused by fault or negligence when carrying out their duties. The dispute may under such circumstances be considered as concerning a right recognised in Swedish law. For Article 6 § 1 to be applicable it is, however, in addition required that the dispute can be considered genuine and serious. The Supreme Court stated that to determine if this is the case, there is a need to consider the rules that according to domestic law apply with respect to the right that the dispute concerns. The faults and negligence that the plaintiff had referred to in his plea to the Supreme Court concerned the application of the law in the case that formed the basis for his claim. With regard to questions of law and evidence, it is

not enough that a court has made a determination that can be questioned for it to be held liable for damages. Only obviously incorrect determinations can be considered as fault or negligence that can imply liability for damages. Chapter 4, section 1 of the Tort Liability Act moreover stipulates that the official that has caused the damage only can be held liable in case extraordinary reasons exist.

Against this background, the Supreme Court stated that the plea of the plaintiff, in so far as it was based on the provisions of the Tort Liability Act, had to be considered as obviously unfounded and the dispute not genuine and serious in the way required for Article 6 § 1 to be applicable. The faults and negligence that the plaintiff had referred to in the case, regarded, *inter alia*, Articles 3, 6 § 1, and 6 § 3.d ECHR. The Supreme Court

stated that his claim for compensation could be perceived as based directly on, in addition to the provisions of the Tort Liability Act, the right to redress that can be considered to follow from Article 13 in the European Convention. The Supreme Court took the view that it was still an open question whether and to what extent there, according to Swedish law, is a right to compensation from the State in cases of violations of the European Convention, independently of fault or negligence. In the present case, however, the claim was not directed against the Swedish Government but against individual officials. According to the Court there would be no liability for damages for such persons based directly on the European Convention.

The Supreme Court consequently, without issuing a summons, dismissed the case.

Articles 6, 13 and 41 of the Convention

Supreme Court, 6 June 2003, Ref NJA I 2003:32

A person was in 1988 detained as a suspect of tax fraud and obstruction of tax control. In 1990 the District Court decided that the suspect was guilty of obstruction of tax control and sentenced him to day-fines. In December 1991 the defendant applied for an additional assessment for arrears and the case was finally decided in 1998 when the Administrative Court of Appeal stated that the defendant would be assessed for arrears and obligated to pay interest and tax supplements. The defendant claimed that the case had not been decided within reasonable time, that this was a violation of Article 6 § 1 ECHR, and applied for a summons against the state to pay damages. In his application for a summons the defendant claimed that the state deliberately or through negligence had not arranged the system of justice in such a way that tax cases was decided within reasonable time and that it therefore was liable to pay damages. The defendant also claimed that the liability to pay damages could be seen as the consequences of how representatives of the state had acted during the proceedings of his case.

The District Court stated that, according to Article 41 ECHR, only the European Court could, after having found that a state has violated the Convention, obligate the state to pay additional damages. A case in order to see if damages are to be paid with the support of Article 41 is thus reserved for the European Court. In the view of the District Court a national court is not qualified to try a claim that only has support in Article 41 ECHR. The District Court further stated that, according to Chapter 3, Section 7 of the Tort Liability Act, when it comes to responsibility of the state for faults or negligence in the exercise of authority, the defendant is prevented to put forth a claim based on that he has been caused damage due to incorrect decisions by parliament or gov-

ernment, or the omission of these organs to make decisions. Regarding the defendant's allegations of damages caused by representatives of the state, they were considered as too incomplete to form the basis for a trial. The District Court rejected the defendant's application for a summons, which decision also was upheld by the Court of Appeal.

The Supreme Court stated that according to Article 13 ECHR, everyone who has had his rights and freedoms, as described in the Convention, violated shall have access to an efficient remedy before a national authority, regardless if the violation has been committed by someone discharging his official authority. The remedies referred to in Article 13 do not have to consist of a trial before a court. The case-law of the European Court of Human Rights shows that the remedy does not have to be economic compensation; in criminal cases the compensation may consist of modifying the outcome of a case in a favourable manner for the defendant. When it comes to cases regarding tax supplements, the Swedish parliament recently (2002) decided to introduce a possibility to let the tax supplements be dropped partly or completely if there is an unreasonably long delay in the procedure. This change has been made with the explicit purpose to meet the requirements of the ECHR regarding compensation in cases when the demands of Article 6 § 1 have been disregarded.

However, the Supreme Court stated that it was clear that compensation to the damaged in this way is not always enough or even possible and that it in some cases is necessary to see if the question of economic compensation can be tried in order to meet the requirements of the European Convention for an efficient national remedy. According to Swedish legislation, a claim against

the state can be put forth in accordance to the provisions of the Tort Liability Act.

The Supreme Court also considered if a demand for economic compensation could be tried directly on the basis of the European Convention, in the case that the Tort Liability Act would not grant compensation according to the principles of the Convention. If so, the case cannot be tried with the direct application of Article 41 ECHR that gives the European Court the possibility to grant the damaged party reasonable compensation, since this Article is meant as a subsidiary rule of action for the European Court regarding cases when a state has not met the requirements of, among other things, Article 13

ECHR. This Article, however, does not include any positive provision of obligations to give compensation; it just poses the demand that in the national judicial order one should have access to an efficient remedy. An application of Article 13 against the state would thereby be based on the same kind of reasoning as the so-called vertical direct effect of EC-directives, e.g. that the state, to protect itself, could not refer to its own negligence in order to meet the requirements that follow from the Convention. If an application of this principle can be done with regard to the requirements of the Convention has, however, not been subject for examination in Swedish case-law.

Switzerland/Suisse

Article 6 de la Convention

Tribunal de cassation du canton de Zurich, 23 octobre 2003 – Blätter für zürcherische Rechtsprechung, 2004, volume 103, n° 39, pp. 158-160

Objet de la décision : Droit de l'accusé d'accéder aux actes de procédure de ses co-accusés.

Si les procédures contre plusieurs accusés sont menées séparément, chaque accusé a le

droit, dans le cadre de la garantie à un procès équitable, d'accéder aux actes des procédures menées à l'encontre de ses co-accusés.

Tribunal de cassation du canton de Zurich, 2 septembre 2003 – Blätter für zürcherische Rechtsprechung, 2004, volume 103, n° 26, pp. 92-96

Objet de la décision : Coopération à une expertise ; interdiction de la contrainte de s'accuser soi-même.

L'accusé a le droit de refuser sa coopération à une expertise, consistant en une comparaison d'écritures lorsqu'une telle participation pourrait

mener à son auto-incrimination. Si, par contre, il apparaît que l'accusé a, en toute connaissance de cause accepté de coopérer, l'expertise peut être prise en considération dans l'appréciation des preuves.

Tribunal de cassation du canton de Zurich, 25 juillet 2003 – Blätter für zürcherische Rechtsprechung, 2004, volume 103, n° 30, pp. 111-118

Objet de la décision : Procédure par défaut ; droit de l'accusé de participer à une procédure de recours orale.

Lorsqu'un accusé a été condamné par défaut alors que son absence n'était pas fautive, la procé-

dure de recours ne peut se dérouler par écrit uniquement. L'accusé a au moins droit à une répétition de la procédure de recours en sa présence.

Tribunal de cassation du canton de Zurich, 1^{er} juillet 2003 – Blätter für zürcherische Rechtsprechung, 2004, volume 103, n° 3, pp. 5-11

Objet de la décision : Droit de l'accusé à une administration contradictoire des preuves ; refus de déposer d'un co-accusé, témoin à charge, lors de la confrontation avec l'accusé ; conditions dans lesquelles il peut être valablement renoncé à poser des questions complémentaires.

Indépendamment de la question de savoir si un témoin à charge a des raisons justes ou respec-

tables de refuser de déposer en présence de l'accusé, il ne peut être question, dans un tel cas, d'apprécier sa déposition antérieure contre l'accusé (faite en l'absence de l'accusé), dans la mesure où il s'agit de la seule preuve ou d'une preuve primordiale.

Tribunal fédéral, 14 avril 2004 – La semaine judiciaire, 2004, p. 433

Le droit d'être entendu n'est pas absolu et il ne fait pas obstacle à un jugement pénal en l'absence de l'accusé lorsque celui-ci refuse de participer aux débats ou se place fautivement dans l'incapacité de le faire. La personne condamnée ne peut inconditionnellement demander à être rejugée : l'article 6 CEDH garantit simplement que les ressources du droit interne se révèlent effectives. C'est à l'accusé condamné par défaut qu'il appartient de prouver qu'il n'a pas eu connaissance de sa citation à comparaître et qu'il

n'a pas cherché à se soustraire à la justice. Nonobstant le silence de la loi, un jugement du tribunal de police prononcé par défaut peut valablement être notifié par voie édictale. Lorsqu'un accusé est en détention (pour une autre cause), il ne saurait être valablement cité à comparaître par voie édictale. Il appartient à l'autorité de se doter des moyens propres à lui permettre de savoir qu'un accusé est détenu (en l'espèce dans le même canton) et peut être atteint à son lieu de détention.

Article 8 de la Convention**Tribunal fédéral, 1 juin 2004 – Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, volume 130/2004, pp. 281-289**

Objet de la décision : Regroupement familial ; droit de présence reconnu en vertu de la garantie de la vie privée et familiale.

Lorsque la recevabilité du recours devant l'instance cantonale dépend de l'existence d'un droit à l'autorisation de séjour sollicitée, la question de l'existence de ce droit doit être examinée par le Tribunal fédéral comme condition d'entrée en matière. Ni l'article 17 al. 2 de la loi sur l'entrée et le séjour des étrangers, ni les articles 38 s. OLE n'accordent ici un droit au regroupement

familial à l'étranger qui dispose d'une simple autorisation de séjour. Les articles 8 CEDH et 13 de la Constitution exigent que l'une des personnes concernées au moins ait un droit de présence reconnu (confirmation de la jurisprudence). Un tel droit doit être admis en l'espèce, dans le cas d'un étranger qui réside en Suisse depuis vingt ans au bénéfice d'une autorisation de séjour et qui ne peut vivre pratiquement nulle part ailleurs sa vie privée et familiale de manière satisfaisante.

Tribunal fédéral, 7 janvier 2004 – Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, volume 130/2004, pp. 16-25

Un traitement médicamenteux forcé constitue une limitation grave de la liberté personnelle et touche au cœur de la dignité humaine. Il doit, par conséquent, être fondé sur une base légale claire, un intérêt privé ou public prépondérant et être proportionné. Dans le cas d'espèce, il existe, certes, une base légale en droit cantonal. Pourtant, l'instance inférieure n'a pas procédé à une balance des intérêts suffisante : elle aurait notamment dû prendre en compte les intérêts publics,

la nécessité du traitement, les conséquences de l'absence de traitement. Elle aurait également dû examiner les alternatives et juger de la dangerosité de l'intéressée pour elle-même et pour les tiers. Ce n'est que si la mise en balance de l'ensemble de ces intérêts l'exige que le traitement médicamenteux forcé est admissible. Dans le cas d'espèce, la décision n'est donc pas suffisamment motivée et doit être cassée et renvoyée à l'instance cantonale pour nouvel examen.

Article 8, 10 et 13 de la Convention**Tribunal fédéral, 7 juillet 2004 – Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, volume 130/2004, pp. 369-387**

Objet de la décision : Caractère attaquant d'actes matériels de la police ; interdiction de se rendre à Davos faite à un journaliste durant le Forum économique mondial 200 ; liberté d'information, restriction aux droits fondamentaux.

Pour le journaliste concerné, l'interdiction faite par la police de se rendre à Davos en relation avec le Forum économique mondial 2001 porte atteinte à la liberté personnelle ainsi qu'à la liberté d'opinion, d'information et de la presse. Par contre, le recourant ne peut pas se prévaloir d'une violation du droit à la vie privée ou familiale au sens de l'article 8 CEDH.

Droit à un recours effectif, au sens de l'article 13 CEDH, exercé auprès du gouvernement, en relation avec les actes matériels de la police.

Appréciation de la restriction aux droits fondamentaux résultant des ordres de la police en l'occurrence : application de la clause générale de police ; intérêt public ; proportionnalité. Dans le cas d'espèce, la mesure prise par la police, bien qu'elle ait limité la liberté du recourant, ne semble pas, au vu de l'ensemble des circonstances, injustifiée.

United Kingdom/Royaume-Uni

Articles 5, 14, and 15 of the Convention

House of Lords, 16 December 2004, Ref [2004] UKHL 56

This case, *A and others v. Secretary of State for the Home Department and X and another v. Secretary of State for the Home Department*, involved the compatibility of key components in the United Kingdom's anti-terrorism legislation with its obligations under the ECHR. The case was an appeal from the decision of the Court of Appeal on 25 October 2002, and was heard by a larger than usual number of judges in the House of Lords, nine instead of the usual five, reflecting the public importance of the issues involved.

The background to the case was that under the Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001, the Secretary of State for the Home Department possesses the power to detain indefinitely, without charge, persons who are non-nationals resident in the United Kingdom, if he reasonably suspects the person to be a terrorist and that the person's presence in the United Kingdom is a risk to national security, in circumstances where the person cannot be deported or removed from the country for reasons such as the likelihood that he or she would face torture or inhuman or degrading treatment in the country to which he would be removed. In enacting this legislation, the government recognised that the power was inconsistent with the right to liberty in Article 5 ECHR and on 18 December 2001 it notified the Secretary General of the Council of Europe of its derogation from Article 5 as permitted under Article 15 ECHR in times of emergency, and in United Kingdom national law this was effected by the Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) Order 2001. The case was brought on behalf of nine individuals who had been detained without charge for three years under the power contained in section 23 of the 2001 Act.

The court considered the question whether there did exist "a public emergency threatening the life of the nation", as required for a valid derogation under Article 15 ECHR, which could justify the violation of personal liberty and security such as that suffered by the appellants. Considerable misgivings were expressed by some judges of the court about whether the conditions for a derogation were satisfied. It referred to the inherently temporary nature of an "emergency", whereas government statements on the anti-terrorist crisis suggested it regarded the situation as one of semi-permanence (see § 22). It was noted that the Parliamentary Assembly of the Council of Europe had resolved that, "In their fight against terrorism, Council of Europe members should

not provide for any derogation to the European Convention on Human Rights" (Resolution 1271 adopted on 24 January 2002). It was further noted that no other member state of the Council of Europe, including France, Italy and Germany who had all been threatened, had found it necessary to derogate from the Convention. However, on the basis of some precedents in the European Court of Human Rights including *Lawless v. Ireland* (No. 3) (1961) 1 EHRR 15, and acceptance that "great weight should be given to the judgment of the Home Secretary" because such decisions fell "at the political end of the spectrum" rather than for the courts for a determination (per Lord Bingham, §§ 28-29), the court upheld the existence of a state of public emergency in the United Kingdom.

However, the court held that indefinite detention without charge or trial went beyond measures that were "strictly required by the exigencies of the situation", as set out in Article 15 ECHR. To be lawful, the measures concerned had to be a proportionate response. It was emphasised that, "indefinite imprisonment without charge or trial is anathema in any country which observes the rule of law. Wholly exceptional circumstances must exist before this extreme step can be justified" (per Lord Nicholls, § 74). The majority of the court held that the detention measures could not be regarded as proportionate on various grounds. The most compelling of these was that the internment powers operated in a discriminatory manner in breach of the United Kingdom's obligations on equality of treatment, including the prohibition of discrimination guaranteed by Article 14, which had not been derogated from by the United Kingdom and therefore applied. This was because the draconian powers of internment without trial were applicable only to non-nationals, and not to a British citizen who might be suspected to be a terrorist and threat to national security.

Accordingly, the court allowed the appeals. It made a quashing order in respect of the Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) Order 2001. It made a declaration under section 4 of the Human Rights Act 1998 that section 23 of the Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 was incompatible with articles 5 and 14 ECHR "insofar as it is disproportionate and permits detention of suspected international terrorists in a way that discriminates on the ground of nationality or immigration status" (per Lord Bingham, § 73).

Article 6 of the Convention

Court of Appeal (Criminal Division), 29 April 2004, Ref (2004) EWCA Crim 1025

In this case, Attorney General's Reference (No. 1 of 2004), the Court of Appeal was asked to consider the circumstances in which the common law and Article 6 § 2 ECHR allows derogation from the presumption of innocence. It considered the court's approach to the presumption of innocence and reverse burdens of proof imposed on defendants by various domestic statutes, and the extent to which these contravened Article 6 § 2 and if so, what should be the consequence of that contravention.

The Court reviewed the domestic and European human rights law on the subject, and offered guidance for future court hearings. It stated that the golden thread of the common law and the language of Article 6 § 2 have similar effect, and both permit legal reverse burdens of proof or presumptions in appropriate circumstances. Reverse legal burdens are likely to be justifiable so long as the overall burden of proof regarding the essential ingredients of the offence rests upon the prosecution. The imposition of an evidential burden of proof upon the defendant, as opposed to a legal burden of proof, will not contravene Article 6 § 2. A reverse burden of proof that is proportionate, in the sense that it is reasonably necessary in all the circumstances to achieve the objective for

which Parliament enacted the provision, will also not contravene Article 6 § 2. The easier it is for the defendant to satisfy the reverse burden of proof, the more likely it is that the restriction is justified. The more serious the offence with which the defendant is charged, the greater the importance of the presumption of innocence.

More generally, the Court emphasised that the ultimate question is whether the reverse burden will prevent a fair trial; and if it would, then the statutory provision should be "read down" under section 3 of the Human Rights Act or declared incompatible with the ECHR under section 4. It stipulated that the leading authorities to be cited in future cases where a reverse burden of proof was in issue were its judgment in this case; the decision of the House of Lords in *R. v. Johnstone* [2003] UKHL 28; and the judgment of the European Court of Human Rights in *Salabaku v. France* (1991) 13 EHRR 379, where at paragraph 28 it is stated, "Article 6 § 2 does not therefore regard presumptions of fact or of law provided for in the criminal law with indifference. It requires states to confine them within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and maintains the rights of the defence".

House of Lords, 5 February 2004, Ref (2004) UKHL 3

In this case, *R. v. H* and *R. v. C*, the House of Lords set out the conditions to be followed by a court in order to guarantee a defendant's right to a fair trial under Article 6 of the European Convention on Human Rights, in circumstances where the Crown in a criminal prosecution proposes to deny defence lawyers access to documents or knowledge of evidence in their possession on grounds of public interest immunity.

The issue arose during the preliminary hearing of the prosecution of the defendants for conspiracy to supply a class A drug, where the prosecution case was based on police surveillance evidence. The defence lawyers' requested disclosure of all material relating to covert human intelligence sources, and the prosecution made an *ex parte* application to the court to withhold documents on the basis of public interest immunity. This would then normally be the subject of an inquiry by the trial judge at which the defence lawyers were excluded. However, the trial judge, so that this *ex parte* proceeding did not breach the defendants' right to a fair trial under Article 6 because they were not represented at the hearing, ruled that an independent special counsel would have to be appointed to act on their behalf. The Crown challenged this requirement, and the House of Lords held that the judge had made his

decision prematurely, without first considering what the material was that the Crown sought to withhold.

The wide-ranging single opinion delivered by the senior judge, Lord Bingham, on behalf of the five members comprising the court, emphasised that the golden rule is that full disclosure of any material held by the prosecution which weakens its case or strengthens that of the defendant should be made (§ 14). However, it was said that fairness is a constantly evolving concept (§ 11) and that differing circumstances may arise where derogations from the golden rule may be justified, though such derogation must always be the minimum derogation necessary to protect the public interest (§ 18). Domestic and European human rights case-law of relevance was surveyed and commented upon by the court.

The authoritative opinion of the court was that any trial judge hearing a public interest immunity application should derogate from the golden rule of full disclosure only after his or her consideration of certain matters (§ 36). These included a consideration of the material asked to be withheld; whether the material would weaken the prosecution's case or strengthen the defendant's case; whether there was a real risk of serious prejudice to an important public interest; whether alternative arrangements could be made that

protected both the fairness of the trial and the public interest in withholding the material; whether the restrictions represented the minimum derogation from the golden rule of full disclosure; and whether, viewed as a whole, limited disclosure would adversely affect the fair-

ness of the trial and if so, whether full disclosure should be ordered, even if this might cause the prosecution to be discontinued. In appropriate cases, the appointment of a special counsel to test the contentions of the prosecution may be necessary to ensure the fairness of the trial.

Articles 8 and 14 of the Convention

House of Lords, 21 June 2004, Ref (2004) UKHL 30

The question to be decided in this case, *Ghaidan v. Mendoza*, was whether a same-sex partner of a deceased tenant was to be regarded in law as a “spouse” for the purposes of succeeding to the deceased partners’ statutory tenancy.

Under the terms of the Rent Act 1977, as amended, at §§ 2 and 3 of Schedule 1, succession to a tenant’s statutory rights was stated in the legislation to pass to a surviving “spouse” of a statutory tenant. Paragraph 2 (2) stated that a person who was living with the original tenant “as his or her wife or husband” was to be treated for the purposes of the Act as the “spouse” of the original tenant.

The House of Lords affirmed the earlier decision of the Court of Appeal on 25 October 2002. In doing so, it held that section 3 of the Human Rights Act 1998, which provides that “so far as it is possible to do so, primary legislation ... must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights”, might require statutory provisions to bear a meaning which departed from the unambiguous meaning a

statutory provision might otherwise bear. It was said that, “Nowhere in our legal system is a literalistic approach more inappropriate than when considering whether a breach of a convention right may be removed by interpretation under s. 3. Section 3 requires a broad approach concentrating, amongst other things, in a purposive way on the importance of the fundamental rights involved” (per Lord Steyn, § 41).

In reaching its decision the court emphasised that discrimination on grounds of sexual orientation was not acceptable as a basis for different legal treatment, and the partner of the deceased tenant in this case was the victim of a violation of his ECHR rights under Articles 14 and 8. The role of the court was to render domestic statutory provisions Convention compliant so far as possible. In this case the relevant statutory provision should be read and given effect to as though the survivor of a homosexual couple a marriage-like relationship were the surviving spouse of the original tenant.

Article 10 of the Convention

House of Lords, 14 October 2004, (2004) UKHL 44

This case, *Cream Holdings Limited and others v. Banerjee and others*, provided the first authoritative ruling by the House of Lords on the meaning and application of section 12 of the Human Rights Act 1998 concerning interlocutory injunctions prohibiting press and broadcasting reporting of information and events. Section 12 gives special protection to the right to freedom of expression, and subsection (4) states that “the court must have particular regard to the importance of the Convention right to freedom of expression ...”. The dispute in this case was over the meaning and scope of subsection (3) which provides that interim relief restraining publication should not be granted “unless the court is satisfied that the applicant is likely to establish that publication should not be allowed”.

The case concerned newspaper reports alleging illegal and improper activity by a company employee and a local authority official. The substance of the reports relied upon leaked confidential information, but the newspaper claimed disclosure was justifiable as being in the public interest. The company was likely to suffer irreparable loss of an unquantifiable nature if the story

was published. The House of Lords held that the interim injunction on publication should be lifted on the basis the company was more likely to fail than succeed at the eventual trial of the matter.

The House of Lords ruled that a court should construe the word “likely” in section 12 (3) in a flexible manner according to the circumstances of the case. It emphasised that the purpose of the section had been to give a greater measure of protection to freedom of expression than that which had existed previously. Formerly, an interim injunction was normally granted on the basis there was “a serious question to be tried” at the later trial: see *American Cyanamid Co. v. Ethicon Limited* [1975] AC 396. Section 12 (3) had established a higher threshold for the grant of interlocutory injunctions.

The courts should be “exceedingly slow” to make restraining orders where an applicant did not satisfy the court he was “more likely than not” to succeed at the eventual trial. However, a lower degree of likelihood might be warranted in certain circumstances. One such factor might be the grave adverse consequences of publication, such as someone’s life being put at risk. Another

factor might be that a short temporary prohibition on publication was needed in order for the court to hear and more fully consider the applica-

tion and the balance of probability in the applicant succeeding at the eventual trial.

Directorate General of Human Rights
Direction générale des droits de l'homme
Council of Europe/Conseil de l'Europe
F-67075 Strasbourg Cedex

http://www.coe.int/human_rights/