



The European Convention on Human Rights and national case-law, 2005

La Convention européenne
des Droits de l'Homme
dans la jurisprudence
nationale, 2005



The European Convention on Human Rights and national case-law

Supplement
to Human Rights Information Bulletin, No. 68

Supplément
au Bulletin d'information sur les Droits de l'Homme, n° 68

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

Directorate General of Human Rights, Council of Europe
Direction générale des droits de l'homme, Conseil de l'Europe
September 2006/septembre 2006

Supplement to *Human rights information bulletin* No. 68, September 2006, ISSN 1608-9618

Supplément au *Bulletin d'information sur les droits de l'homme* n° 68, septembre 2006, ISSN 1608-960X

Cover: Austrian Constitutional Court, with thanks to the Austrian Institute for Human Rights, Salzburg

Couverture : Cour constitutionnelle autrichienne, avec nos remerciements à l'Institut autrichien des droits de l'homme

© Council of Europe/Conseil de l'Europe, 2006

Printed at the Council of Europe/Imprimé dans les ateliers du Conseil de l'Europe

First printing September 2006/Première impression septembre 2006

Preface

This 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.

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.

Contents

Austria – p. 4
Belgium – p. 26
Czech Republic – p. 32
Denmark – p. 35
Finland – p. 38
Hungary – p. 52
Iceland – p. 52
Italy – p. 55
Luxembourg – p. 69
Portugal – p. 81
Spain – p. 82
Switzerland – p. 95
United Kingdom – p. 105

Table des matières

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

Autriche – p. 4
Belgique – p. 26
Danemark – p. 35
Espagne – p. 82
Finlande – p. 38
Hongrie – p. 52
Islande – p. 52
Italie – p. 55
Luxembourg – p. 69
Portugal – p. 81
République tchèque – p. 32
Royaume-Uni – p. 105
Suisse – p. 95



Austria/Autriche

Articles 1 and 5 of the Convention

*Concerns:
Detention in an airport
“special transit zone”*

Supreme Court, 15 March 2005 – Ref. <http://www.ris.bka.gv.at/jus> – 1 Ob 250/04b

The plaintiffs had arrived in an aircraft at Wien/Schwechat airport in January 2000 where they applied for asylum. They were allowed to stay within the area known as “general transit” from which a departure was possible at any time. Following the dismissal of their applications for asylum, the plaintiffs filed an appeal with the “Independent Federal Asylum Panel”. As they did not want to await the outcome of the appeal proceedings (ending eventually in the negative) from abroad, they moved to the “special transit zone”.

Against their detention the plaintiffs filed several complaints with the Independent Administrative Panel for Lower Austria which all remained unsuccessful. They subsequently filed a compensation claim with the Korneuburg Regional Court, based on Article 5 (5) of the European Convention on Human Rights and Article 7 of the Act governing complaints about violations of the fundamental right to personal liberty, alleging that their detention in the “special transit zone” had amounted to a deprivation of their liberty. The action was dismissed on the grounds that a deprivation of liberty had not occurred. The Court of appeal confirmed this decision and admitted the “ordinary appeal”.

Under Article 1, the Convention is applicable also with respect to persons who stay in airport transit rooms. According to the jurisprudence of the European Court of Human Rights, in order to be able to ascertain whether a person has been deprived of liberty within the meaning of Article 5 of the Convention, it shall be considered from the actual situation of the person concerned.

The Constitutional Court, in its judgment No. 15.465/1999, adopted the principles of the European Court of Human Rights, laid down in the case of *Amuur v. France* (judgment of 25 June 1996). It held the view that the security authorities, by ordering an alien to stay in the general transit zone, had not deprived him/her of liberty. A different point of view should be envisaged in case of stay in the special transit zone, however. In such a case an examination of all relevant circumstances

was indispensable – in particular, whether there existed a possibility to leave the special transit zone for the purpose of departure and whether the concerned persons were able to organise their departure themselves. In view of the circumstances described, the deprivations of liberty were all justified. The plaintiffs would have been brought within few hours to the general transit room, had they expressed a wish to depart. From there they would have been able to organise their departure themselves, without asking for the help of others. In case of linguistic, financial or other difficulties the plaintiffs would have had support from the social services at Wien/Schwechat airport or from members of the local Federal Police Directorate. Besides, the possibility of leaving the airport was founded on a real basis, not on a theoretical one as in the case of *Amuur v. France*.

Concerning the length of the impugned decision, according to the jurisprudence of the European Court of Human Rights it must be assumed that the period of time which comprises the settlement of an application for asylum should not be assessed, on principle, as deprivation of liberty, but as unavoidable restriction of liberty. This raises the question, however, of whether the length of detention (amounting to 77, 56 and 58 days in the present case) until the final (negative) determination of the asylum claims should be qualified as deprivation of liberty from a legal standpoint. On the other hand, the plaintiffs have never claimed that the length of appeal proceedings, considerably exceeding the deadline fixed by § 32 of the Asylum Act 1997, had had its origin in an inactivity on the part of the competent authorities. As a result, the length of detention was covered by the provisions of asylum law.

Furthermore, it has to be taken into account that the plaintiffs – in contrast to the applicants in the case of *Amuur v. France* – obtained social assistance and food from members of the airport social services during their detention. They were also in a position to make use of any legal remedies at their disposal (including an appeal to the

“Independent Federal Asylum Panel”, complaints under §§ 72 and 73 of the Aliens Act 1997 against the alleged illegality of [continued] detention). They had therefore been able to observe their rights. As a matter of consequence, the current situation of the plaintiffs in the special transit zone was to be considered as a mere restriction of lib-

erty. It was necessary and justified in view of the right of the state to deny aliens the entry into the Federal territory until the render of a positive decision on their applications for asylum. The lower instances were therefore right in refusing the compensation claim. The “ordinary appeal” was dismissed.

Article 2 of the Convention

*Concerns:
Involuntary
manslaughter by the
police*

Administrative Court, 13 December 2005 – Ref.: www.ris.bka.gv.at/vwgh – 2004/01/0547

The applicants were both the natural sons of I.B., who was killed on 19 May 2000 in the course of police intervention. On the given day, a house search was ordered to take place in a restaurant in Vienna. Before the beginning of the search, two policemen observed two persons leaving the house and carrying a box to a vehicle. Both were known to the police as being active in the drug scene. The police officers decided to prevent them from driving away and to ascertain the contents of the box. They headed towards the car, with their weapons in their hands, identifying themselves as policemen by shouting. Despite that fact, the driver of the car tried to get out of the parking space. One of the police officers attempted, at first in vain, to open the door of the vehicle. At the second try, the door suddenly burst open, causing the police officer to stagger backwards. A shot was triggered off which hit the applicants' father, causing his immediate death. The said police officer subsequently was acquitted of the charge of involuntary manslaughter.

The applicants filed a complaint with the Vienna Independent Administrative Panel which, by ruling of 25 March 2004, dismissed it as unfounded. The Panel held the view that the intervention by police officers was covered by § 24 of the Code of Criminal Procedure. The reason was that a judicial warrant had been issued for the performance of a house search, the two police officers having proceeded, quite legitimately, from the assumption that the two persons observed by them had tried to remove objects covered by the search warrant. The applicants then brought a complaint before the Administrative Court.

The first question was whether the policemen had been authorised to draw their weapons and to head towards the vehicle under observation, with their weapons in their hands. In this regard the court

observed, with a view to the principle of proportionality laid down in § 29 of the Code of Criminal Procedure, that loaded weapons represent a high potential of risk for individuals, when they are drawn and carried in the hand. To that point, the respondent authority noted that the use of weapons had been necessary for the reason of self-protection. It should be clarified first that from § 3 of the Guidelines Ordinance (according to which the organs of public security are obliged to avoid any risks directed at them) no authorisation may be derived per se for police officers to draw their weapon.

With regard to the aspect of danger the situation entailed, the impugned ruling provides only insufficient details. The respondent authority confines itself to the fact that the applicants' father and the second person under observation were “known to the police”, without specifying what kind of concrete danger the police officers should have been aware of. A decisive point would have been, for instance, whether one of the men had already appeared as person prepared for the use of violence or whether circumstances existed which pointed to a possession of firearms. The fact that both men were “known to the police” did not justify the conclusion, seen from an isolated view, that the police officers were allowed to “rush out”, with the weapon in their hand, regardless of the aspect of observance of the principle of self-protection.

If the respondent authority found itself unable to consider the drawing of the weapons to be disproportionate, it should have examined next whether the police officers were required to hold their weapons in the hand, when reaching the vehicle, and, secondly, whether the police officer from whose weapon the fatal shot was triggered had observed the required precautionary measures. The question is especially relevant in assessing whether the latter ought

not to have been aware that a shot might be triggered when “messaging around” with the door of the vehicle. The respondent authority has failed to make any comments on that point. It confined itself to referring to the acquittal from the charge of involuntary manslaughter, rendered by the criminal courts. It should be noted, however, that no binding effect may be inferred from the said acquittal as the present proceedings concern the determination of the issue of a possible breach of duty.

Article 3 of the Convention

*Concerns:
Exercise of lethal force
against an alien*

Administrative Court, 26 July 2005 – Ref.: www.ris.bka.gv.at/vwgh – 2004/11/0070

On 15 July 2003 Cheibani Wague (C.W.), a national of Mauritania, died after organs of the Federal Police Directorate Vienna had tried to take him to a psychiatric hospital for medical examination. The Independent Administrative Panel for Vienna followed in part a complaint by his widow, who objected to the exercise of lethal force against her husband. The panel declared the contested measures illegal, *inter alia*, with respect to the use of feet chains, the exercise of pressure when C.W. was lying on the ground, the insult and the ill-treatment inflicted on him in the form of punches to the head and neck.

Against this ruling, both the Federal Minister of the Interior and C.W.’s widow lodged a complaint before the Administrative Court.

The Administrative Court proceeds by first examining whether the deprivation of liberty followed a procedure prescribed by law within the meaning of Article 2 (1) No. 5 of the Act governing the protection of personal liberty. In the instant case, the requirements of § 9 (2) of the Confinement Act were of special relevance. The lawfulness of the attempt to take C.W. to a psychiatric hospital and the justification of the deprivation of liberty inevitably linked with it require, as a consequence, that the organs of the Federal Police Directorate Vienna, on the one hand, could regard the requirements for a confinement laid down in § 3 of the Confinement Act as given and, on the other hand, that “danger was ahead”. According to the observations of the Independent Administrative Panel for Vienna, C.W. had been in a state of excitement and aggression which worsened considerably. The emergency doctor arriving at the scene felt unable to exclude a psychosis and held that

Taking into account that the case involves an assessment of a “homogeneous sequence of events”, the Panel’s considerations according to which the unintentional (instinctive) firing of a shot could never give rise to a breach of the law (in respect of Article 2 of the European Convention on Human Rights) is proved wrong. The challenged ruling was therefore set aside due to “illegality of its content”.

a medical examination was necessary. The respondent authority’s view – according to which the intervening organs had been right in proceeding from the assumption that C.W. suffered from a mental illness and that there existed a serious and considerable risk that he might hurt himself within the meaning of § 3 of the Confinement Act – was therefore in accordance with the law. Consequently, the “deprivation of liberty with a view to confinement” was lawful.

In the instant case, C.W. had injured himself obliging the police to handcuff him. Furthermore, he had tried to escape even before being handcuffed – at the very moment when members of the rescue team were putting him on the stretcher. In the view of the police officers, there was not only a risk that C.W. might hurt himself again but also might try again to resist his transfer to the psychiatric hospital. The respondent authority was therefore correct in regarding the use of handcuffs as an indispensable measure to avoid danger to a person’s life within the meaning of § 9 (3) of the Confinement Act.

With respect to the use of feet chains, the requirement of indispensability was never met at any time, however. Given that C.W. (whose hands had in any case been tied behind his back) had been watched adequately while in the ambulance, the additional use of feet chains could have been avoided. The Panel’s view according to which the use of feet chains had been justified at the outset was therefore wrong.

The measures under review were legitimate in that they exclusively aimed at taking C.W. into the ambulance, although against his will, and drive him to the hospital. However, this would not have required, in view of the circumstances, the elimina-

tion of any resistance on his part. It cannot be argued seriously that six trained police officers (in the presence of the rescue team) would not have been in a position to carry C.W. (weighing 65 kilos and with his hands tied behind his back) against his will to the ambulance standing close by. As a result, the Panel's decision to declare the fatal exercise of pressure on his thorax as illegal may not be objected to.

The same is true of the respondent authority's legal assessment according to which the blows inflicted on C.W., in con-

nection with the insult ("You swine!"), constituted a violation of Article 3 of the European Convention on Human Rights, taking into due account the actual circumstances of the case (the blows were directed at the back side of his body while he was lying on his stomach, his hands tied behind his back). The contested ruling was set aside for "illegality of its content" regarding the Panel's decision to declare the putting in feet chains as justified while the remainder of the complaint was rejected.

Concerns:

Relevance to asylum proceedings of membership of the Roma minority group

Administrative Court, 27 September 2005 – Ref.: www.ris.bka.gv.at/vwgh – 2005/1/0313

The applicant, a national of Serbia and Montenegro and member of the Roma minority group, arrived in Austria on 29 November 2004 with her two children (having entered the country via Hungary) and applied for asylum. She claimed she had been molested and abused by members of the Mafia, and that this provoked her flight from Hungary. The police officers she approached did not want to proceed with her charge when they learnt she was a Roma. By ruling of 3 February 2005, the Federal Asylum Office rejected her application as inadmissible under § 5 (1) of the Asylum Act 2003 since pursuant to Article 10 (1) of the Dublin II Regulation the examination of her application for asylum fell within the competence of Hungary, pronouncing at the same time her expulsion to Hungary in accordance with § 5a (1) of the Asylum Act in connection with § 5a (4) of the Asylum Act. The applicant then filed an appeal with the Independent Federal Asylum Panel, which remained unsuccessful. She subsequently brought a complaint before the Administrative Court.

The applicant alleges that the respondent authority had not dealt in substance with her submissions brought forward in her appeal with respect to the provisions of the European Convention on Human Rights. In her written pleadings she had explicitly mentioned that owing to her membership of the Roma minority group she would be confronted with various problems if she were subjected to asylum proceedings in Hungary, inasmuch as Hungarian society – despite efforts on the part of the government – showed a firm, frank and hostile attitude towards members of the Roma minority group.

One might assert the applicant's submissions should be regarded as inadmissible because the lawmaker has introduced, with

the 2003 amendment to the Asylum Act, the principle of nova reperta (Neuerungsverbot) in § 32 (1) of the Asylum Act, relating to questions of both "facts" and "evidence". This provision, however, has partly been set aside by the Constitutional Court in its judgment of 15 October 2004, G 237/03 *et alia*, for breach of the Constitution in view of a violation of the principle of the rule of law and of Article 13 of the Convention, respectively. The Constitutional Court clarified that the principle of nova reperta would still be valid with respect to abusive pleadings of asylum seekers seeking a prolongation of asylum proceedings.

However, no abuse can be made out in the present case just because the applicant specified, for the first time, in her written appeal pleadings the reasons why she and her children felt more secure in Austria than in Hungary. It should be noted that an asylum seeker cannot be expected to give comprehensive information about the current situation of his minority group in his/her home country nor to provide adequate evidence within the relatively short interval before his/her second questioning according to § 24a. (7) of the Asylum Act.

The Independent Federal Asylum Panel thus should have said in concrete terms whether the applicant's envisaged expulsion to Hungary, as direct consequence of its decision under § 5a (4) of the Asylum Act according to which her return, repulsion or deportation to this country was admissible, had been in accordance with Article 3 of the Convention with respect to the particular aspect of belonging to the Roma minority group. The respondent authority has not reacted in such a way, but confined itself to responding to the applicant's appeal with a pre-formulated text which neither reveals what has been asserted in the appeal nor provides any

useful answer applicable to it. As a result, the contested ruling was set aside as illegal due to a breach of procedural law.

Articles 3 and 13 of the Convention

Concerns:
"Chain expulsions"

Administrative Court, 31 March 2005 – Ref.: www.ris.bka.gv.at/vwgh – 2002/20/0582

The applicant (the party involved), a member of the Kurd minority group from Turkey, arrived in Austria on 21 August 2000 (after having entered the country via Italy) where he applied for asylum. The Federal Asylum Office subsequently rejected his application as inadmissible under § 5 (1) of the Asylum Act, pronouncing at the same time his expulsion to Italy since under the Dublin Convention the examination of his application for asylum fell within the competence of Italy. The applicant then filed an appeal with the Independent Federal Asylum Panel, alleging that before his arrival in Austria the Italian authorities had requested him to leave the country. Furthermore, it was common knowledge that Italy had returned some asylum seekers of Kurd origin to Turkey one year ago without examining their applications for asylum in adequate proceedings. On 17 October 2002 the Independent Federal Asylum Panel allowed the applicant's appeal. The Federal Minister of the Interior lodged an *ex-officio* complaint against this ruling.

It follows from the requirement of interpreting § 5 (1) of the Asylum Act in line with basic rights that Austria – and no other state – is bound to act in conformity with the obligations under the European Convention on Human Rights. Consequently, the very proceedings in Austria aimed at verifying whether the termination of an alien's stay is not at variance with Article 3 of the Convention must also meet the demands of its Article 13, in particular with respect to the possibility of suspending the enforcement of such a measure.

The respondent authority, however, follows a different view, focusing on the obligations stemming from the Convention on the part of the country of destination. It considers as crucial, from the angle of (possibly) imminent danger of chain expulsion (expulsion from one country to the other) eventually to Turkey whether the appellate party in case of expulsion from Austria to Italy benefited there from a procedure in accordance with Article 13 of the Convention.

The legal assumption of compliance with Article 13 of the Convention by Italy could only be justified in two ways, namely by assuming a violation of Article 3 of the Convention on the one hand, and of Article 13 on the other hand, on the part of Austria – provided that the person concerned would face a degrading and inhuman treatment in his/her country of origin and, additionally, the proceedings in a third country would be at variance with Article 13 of the Convention.

There cannot be derived from the jurisprudence of the European Court of Human Rights so far a principle according to which a third state – in the case where a violation of Article 3 of the Convention has already been committed by returning the person concerned – has always to comply with the demands of its Article 13 (cf. decision on admissibility of the European Court of Human Rights of 7 March 2000 in the case of *T.I. v. the United Kingdom*). Consequently, the respondent authority should have examined at first whether there existed a real risk, going beyond a mere possibility, that the applicant would not obtain – at first instance – asylum, a residence permit for humanitarian reasons or other protection against deportation to Turkey. Only following a positive recognition of such a risk would the respondent authority have had to assess the efficiency of the appeal procedure in the course of an overall prognosis under Article 3 of the Convention.

The Administrative Court does not fail to appreciate that the jurisprudence of the European Court of Human Rights comprises decisions which have already dealt with a procedural breach of Article 3 of the Convention. An extension of this jurisprudence to cases like the present one appears neither to have taken place so far nor to be required for objective reasons with the result that discussions on a potential restriction of the standards of Article 3 of the Convention are superfluous. It might be conceived that Austria might violate Article 13 by returning a person (seeking protection) to a country where his/her arguable claim, relating to a threat within the territory

of his/her country of origin, would not be examined in a manner corresponding with Article 13. Such a far-reaching responsibility for guaranteeing other rights than those of Article 3 in the country of destination, especially with respect to a mere procedural right (albeit in connection with Article 3), has, however, never been established by the European Court of Human Rights in its jurisprudence.

Article 5 of the Convention

*Concerns:
Maintenance of detention on remand*

Supreme Court, 4 May 2005 – Ref.: www.ris.bka.gv.at/jus – 13 Os 46/05x

On 26 February 2005 detention on remand had been imposed on D.S. The Vienna Upper Regional Court rejected his complaint against continued detention on remand on the grounds of risk of absconding on the condition that the Vienna Regional Court in criminal matters would issue an ordinance under § 190 (1) of the Code of Criminal Procedure (abstention from or annulment of detention on remand against bail), pronouncing at the same time that the deadline for detention ended on 31 May 2005. D.S. then filed a Fundamental Rights Complaint with the Supreme Court.

Although the maintenance of detention on remand has not been expressly ordered, the underlying decision must nevertheless be interpreted as an ordinance ordering prolongation of detention on remand within the meaning of § 182 (4) second sentence of the Code of Criminal Procedure. The Supreme Court agrees with the applicant who asserted a disregard of the stringent order of § 180 (3) first sentence of the Code of Criminal Procedure. According to that provision, a risk of absconding is not at issue provided that the accused is suspected of having committed a criminal offence (here: violent larceny under §§ 127, 131 first case of the Criminal Code) punished with no more than five years and, additionally, lives in proper living conditions and has a regular residence in the country, unless he has already made arrangements with a view to escaping.

By generally assuming that the detention ground of risk of absconding had been correctly established by the court of first instance (because the accused in his capacity as asylum seeker was not socially integrated in Austria and, according to his own statement, was prepared for an escape), the Vienna Upper Regional Court overlooked that its decision should not merely have examined the decision of the Vienna

The respondent authority has failed to appreciate the legal situation insofar as it took Article 13 as a relevant criterion for assessing the means of legal protection available in Italy – instead of carrying out an overall assessment of danger from the point of view of real risk. The contested ruling was therefore set aside due to illegality of its content.

Regional Court in criminal matters, but should have replaced it instead. As a consequence, the respondent authority completely disregarded the actual living conditions of the accused and the issue of regular residence in the country and, furthermore, misunderstood that the (allegedly) uttered wish of the accused to plan his escape related – in fact – to his arrest by a store detective, giving no rise to any interpretation that he had made arrangements for his escape in order to evade criminal proceedings instituted against him. Besides, according to a certificate issued by the aid agency, Caritas, D.S. was regularly settling in Austria since 19 September 2003 in a refugee hostel, his three children attending school at the same time, so that a risk of absconding may be ruled out.

The Supreme Court dispenses itself from its competence under § 7 (1) of the Act governing complaints about violations of the fundamental right to personal liberty to refrain from a reversal of the contested decision – regardless of established violation of fundamental rights – on the ground that a prolongation of detention on remand lasting already far more than two months would be disproportionate in relation to the importance of the case, taking into consideration the fact that the accused had not been previously convicted for the same offence. The question whether the existence of imminent suspicion of having committed a criminal act within the meaning of § 180 (1) second sentence of the Code of Criminal Procedure is to be answered in the affirmative also with respect to D.S.'s intention to keep the stolen perfume bottle (§ 131 first case of the Criminal Code) may therefore be neglected.

Finally, the Supreme Court feels bound to announce a breach of the requirement to accelerate proceedings, pursuant to § 193 (1) of the Code of Criminal Procedure. After

nearly two months spent by the accused in detention on remand, the trial was adjourned on 18 April 2005 until a date nearly two months in the future, in order to produce a witness living near Vienna, thereby disregarding the requirement of

effective protection of fundamental rights (cf. Article 5 (3) second sentence of the European Convention on Human Rights). As a result, D.S.'s right to personal liberty was violated.

Articles 5 and 6 of the Convention

*Concerns:
Right of the arrested
person to information
about new grounds for
arrest*

Supreme Court, 29 July 2005 – Ref.: www.ris.bka.gv.at/jus – 14 Os 76/05s

The Eisenstadt Regional Court had instituted criminal proceedings against C.V. for suspicion of having smuggled goods on a professional basis. On 5 June 2005 detention on remand was imposed on him for various reasons, namely risk of absconding, collusion and (actual) commission of the said offence (§ 180 (2) No. 1, 2 and 3b. of the Code of Criminal Procedure). The detention on remand was eventually prolonged until 18 July 2005. The Vienna Upper Regional Court rejected the complaint directed against that decision and ordered, in its turn, the continuation of detention on remand until 30 August 2005, basing its decision exclusively on the risk of commission of the offence involving serious consequences (§ 180 (2) No. 3a. of the Code of Criminal Procedure). C.V. subsequently filed a Fundamental Rights Complaint with the Supreme Court, claiming that the maintenance of detention on remand for risk of commission of the offence violated Article 6 § 1 of the European Convention on Human Rights.

The applicant misapprehends at the outset that the guarantees of a fair trial under Article 6 § 1 of the Convention merely extend to the very part of criminal proceedings where the courts decide upon a criminal charge. In proceedings with a view to review of detention, solely the guarantees of Article 5 of the Convention are of relevance. Besides, neither Article 5 § 4 of the Convention nor Articles 4 §§ 3 and 6, and 6 of the Act governing the protection of personal liberty provide that the judicial review of the conditions for detention is limited to the reasons for arrest invoked by the prosecution authority. The appellate court thus is not only authorised to invoke a different alternative to the reason for arrest of risk of committal of the offence (quoted by the first instance court), but is also entitled to base its decision on other or additional reasons for arrest.

On the other hand a distinction must be drawn in regard to the obligation of the

courts to inform the accused of a different reason for arrest, not having been taken into account by the competent court so far: Article 5 § 2 of the Convention – which allows for restrictions of personal liberty (see also Article 4 § 3 of the Act governing the protection of personal liberty) – guarantees the accused a right to information shortly after arrest which extends also to the judicial review of the maintenance of detention (see Article 5 § 4 of the Convention and Article 6 of the Act governing the protection of personal liberty, respectively) as part of the right to a fair hearing, guaranteed in such proceedings. In case the court considers that there has been a change in the reasons for arrest, it must inform the arrested person about this circumstance. The latter would then be prepared to adjust his defence to the new (legal) situation. Such a procedure corresponds in essence to the duty on the part of the trial court to enable the accused, in the context of the guarantee of a fair trial (Article 6 of the Convention), to assess the legal facts in a different way – compared to the legal position adopted by the prosecution authority.

By way of enforcing the demands of fundamental rights, § 180 (1) of the Code of Criminal Procedure lays down that the accused shall be heard about the conditions of imposition of detention on remand before the rendering of a decision, including the reasons for arrest envisaged or invoked by the prosecution authority.

It remains to be stated that it would have been indispensable, from the view of effective defence, to forward arguments with respect to the lack of existence of the grounds for arrest mentioned in § 180 (2) No. 3a. of the Code of Criminal Procedure. The reason is that the grounds for arrest invoked by the first instance court, namely the existence of a case of a repeat offence and risk of committal of the offence under § 180 (2) No. 3b. of the Code of Criminal Procedure, are of no relevance regarding the new reason for arrest. The fact, on the one hand, that C.V.

had already been questioned by the investigating judge on the conditions for detention (on the occasion of the imposition of detention on remand) and had been heard before the decision to continue it and, on the other hand, that counsel for the defence had been given the opportunity to make his comments on the reason for arrest under § 180 (2) No. 3b. of the Code of Criminal Procedure during the first hearing with a view to review of detention cannot replace the duty of information on the part of the appellate court with respect to the new reason for arrest envisaged. That being so, since in the state of proceedings at the time no reason existed

in the eyes of the accused and counsel for the defence to discuss the question whether the offence the accused was charged with was one bearing serious consequences and, additionally, whether there existed a risk that he might attempt to repeat such kind of offence.

It follows that the Vienna Upper Regional Court should have given the accused at least an opportunity to make his comments on the requirements of § 180 (2) No. 3a. of the Code of Criminal Procedure. C.V. therefore suffered a violation of his fundamental right to personal liberty.

Article 6 of the Convention

*Concerns:
Intervention by undercover police investigators and presumption of innocence*

Supreme Court, 11 January 2005 – Ref.: www.ris.bka.gv.at/jus – 11 Os 126/04

By judgment of 26 August 2004, the Graz Regional Court for criminal matters, sitting as court of lay assessors, convicted Silvia St. and Michael W. for drug trafficking. Both the accused filed a plea of nullity and an appeal with the Supreme Court. W. alleges that the fact that he had been instigated by a covered agent to buy 224.6g of cocaine constituted a violation of his right to a fair trial guaranteed by Article 6 § 1 of the European Convention on Human Rights.

It should be noted at the outset that instigations by an agent provocateur are forbidden by the law (§ 25 of the Code of Criminal Procedure). This is not the case, however, if the accused would have committed the criminal act in any case, without intervention by an undercover agent. In the present case, W. was principally prepared for smuggling and selling a considerable amount of drugs. In other words, he would have been criminally active anyway.

According to the facts established by the court of lay assessors, W. met an undercover agent on the initiative of a friend (who acted as an intermediary) to whom he offered Ecstasy tablets for sale. The undercover agent replied that he would be interested only in the purchase of cocaine. As W. knew that Silvia St. could supply him with cocaine, he offered the agent 500g of cocaine for sale.

It follows that W. was prepared to commit a drug offence (which varied only with respect to the kind of drug), irrespective of intervention by an undercover criminal investigator. Moreover, Article 6 of the Convention does not rule out (in contrast to the applicants' allegations in the pleas of

nullity, based apparently on the judgment of the European Court of Human Rights of 9 June 1998 in the case of *Teixeira de Castro v. Portugal*) that an accused may be sentenced irrespective of the fact that he acted under provocation by a criminal investigator in his/her capacity as a state organ, provided that he has been found guilty in accordance with the law (Article 6 § 2 of the Convention). The reason is that from such a breach of the Convention there cannot be derived a material ground for exemption of punishment with regard to the criminal offence caused by an instigator.

"Hearing of the case" within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention is a logical prerequisite for the "existence" of a case which should be heard. The phrase "is entitled to a fair hearing" exclusively refers to the hearing of the case – and therefore, in last consequence, to the requirement of a fair trial as a procedural guarantee, in its interpretation by the European Court of Human Rights. Article 6 § 1 of the Convention requires that the case should be heard. In other words, a trial shall be held about the criminal charge. It seems inappropriate that an obstacle to prosecution would prevent the pursuit of such a procedure aimed at balancing out an unfair intervention attributable to the state (because of deciding a criminal perpetrator to commit a crime, with the help of an undercover state agent). It is a matter of fact that a material ground for exemption of punishment can never be based on the (basic) procedural guarantee of Article 6 of the Convention (right to a fair hearing).

The “ordinary lawmaker” consequently assesses the co-operation of the criminal perpetrator as a mitigating circumstance (in the case where the latter is proved guilty according to the law), thereby attempting to compensate a breach of Article 6 § 1 of the Convention by resorting solely (but in the end) to a particular mitigating ground. In view of the (merely) demonstrative enumeration of special mitigating grounds in § 34 of the Criminal Code, the law itself provides for a balanced assessment in taking account the violation of (basic) procedural guarantees which, as such, could not be remedied during the proceedings, namely within the scope of assessment of degree of punishment.

By following such a procedure, an already established incitation to commit a criminal offence by state organs might adequately be remedied at the time of imposing a criminal sanction. A fair balance has been struck finally by taking into account that the accused would not have shown the (disapproved) criminal conduct without the state’s intervention. The pleas of nullity were therefore rejected. In view of the fact that a provocation to commit a criminal offence was out of the question, the intervention by undercover police investigators could not be of benefit to the accused as a mitigating circumstance. The Supreme Court sees no reason for a reduction or reassessment of sentence.

*Concerns:
Alleged lack of tribunal
status of the Independent
Administrative
Panels*

Administrative Court, 14 July 2005 – Ref.: www.ris.bka.gv.at/vwgh – 2004/06/0064

In a ruling of 25 September 2003, the Vorarlberg Independent Administrative Panel accused the applicant, in his capacity as executive director of a private limited company, of having violated certain provisions of the Vorarlberg Sewage System Act. In his complaint before the Administrative Court, the applicant alleges that the respondent authority lacks the quality as a tribunal within the meaning of Article 6 of the European Convention on Human Rights. He further asserts a violation of his right to a fair trial as the Independent Administrative Panels could not be regarded as prosecuting authority in the proceedings before them.

The applicant refers in this respect to the judgment of the European Court of Human Rights of 30 October 1991 in the case of *Borgers v. Belgium* where it had established a violation of the equality of arms because of the *avocat général*’s participation, in an advisory capacity, in the Cassation Court’s deliberations. In the case, the members of the Panel acted as both judge and prosecutor which likewise violated the principle of equality of arms. In the light of the above-mentioned judgment, the proceedings in issue had to be regarded as doubly unfair within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention, in as much as there had been no trial before an independent tribunal required by that provision. Furthermore, the applicant had been violated in his right to an adversarial procedure as the respondent authority should have had exercised, in the proceedings before it, the functions (tasks) of a prosecuting authority.

The applicant’s objections were deemed not justified. In its decision on

admissibility No. 38 544/97 of 4 July 2002 in the case of *Ludwig Weh* (the present applicant) and *Evi Weh v. Austria*, the European Court of Human Rights had already dealt with the same submissions raised now by the applicant before the Administrative Court, namely that no prosecuting authority participated in the proceedings and in the hearing before the Independent Administrative Panel and that therefore the single member of the Panel acted both as judge and prosecutor.

The European Court felt unable to share the applicant’s doubts. It stated at the outset that the Vorarlberg Independent Administrative Panel had to be regarded as a tribunal within the meaning of Article 6 of the Convention. It followed the explanations of the Austrian Government (regarding the applicants’ complaint about the absence of a prosecuting authority) according to which, at the beginning, administrative criminal proceedings were one party proceedings. However, as soon as the accused filed an appeal with the Independent Administrative Panel, the administrative authority which had issued the penal order assumed the function of the prosecuting authority, in that it became the opposite party in the proceedings before the Panel.

Furthermore, in its judgment of 20 December 2001 in the case of *Baischer v. Austria*, the European Court of Human Rights held that the Independent Administrative Panel for Upper Austria had to be considered as a tribunal within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention, referring both to the domestic law regulating the establishment of administrative organs of the kind described and to its own jurispru-

dence (cf. decision on admissibility No. 34.311/96 of 31 August 1999 in the case of Hubner v. Austria). The Administrative Court is not able to perceive special circumstances which could give rise to doubts as to the lack of independence and impartiality on

part of the members of the Vorarlberg Independent Administrative Panel involved in the contested decision. The applicant himself had not forwarded any submissions to that point. The complaint was therefore rejected as unfounded.

*Concerns:
Applicability of Article 6
of the European
Convention on Human
Rights to civil servants
with respect to disputes
under the service regula-
tions*

Constitutional Court, 30 September 2005 – Ref.: www.ris.bka.gv.at/vfgh – B 1741/03

The applicant, a senior medical practitioner, had a public law contract with the municipality of Krems, Lower Austria, and was employed there at the local hospital. By letter of 5 August 1991, he requested the municipal authorities to decide on his claims for payment of services rendered on so-called “free days” in the hospital under the Act governing the service regulations of civil servants working for local authorities in Lower Austria 1976. His request was of no avail. The applicant then filed an appeal against this decision which eventually was dismissed by the City Council. Against the latter’s decision he filed a complaint with the Constitutional Court.

The European Court of Human Rights, in its more recent case-law (cf. judgment of 8 December 1999 in the case of Pellegrin v. France), holds the view that Article 6 § 1 of the European Convention on Human Rights is principally applicable to work related disputes between civil servants and the state. In this case it ruled that the only disputes excluded from the scope of Article 6 § 1 are those which are raised by public servants whose duties typify the specific activities of the public service in so far as the latter is acting as the depositary of public authority responsible for protecting the general interests of the State or other public authorities. A manifest example of such activities was provided by the armed forces and the police. In practice, it would have to be ascertained, in each case, whether the applicant’s post entailed – in the light of the nature of the duties and responsibilities appertaining to it – direct or indirect participation in the exercise of powers conferred by public law and duties designed to safeguard the general interests of the State or of other public authorities.

The Constitutional Court therefore feels obliged to quit its former jurisdiction and to follow the approach of the European Court in the case of Pellegrin v. France. In the present case there is plain evidence that the applicant’s activities as senior medical practitioner belong not to those which are, in the sense of the criteria developed by the European Court of Human Rights, typical of

the public service. Article 6 § 1 of the Convention is therefore applicable.

According to the jurisdiction of the Constitutional Court, a tribunal within the meaning of Article 6 of the Convention has to decide on the merits only in respect of those rights and obligations which belong to the essence of civil rights. In such matters the final control of the decisions of the administrative authorities by the Constitutional and the Administrative Court is not sufficient as such. However, with respect to disputes not originating from civil rights as such, but touching them only on their effects, it is sufficient that an administrative authority decides on the merits under the final control of the Administrative Court.

Against this background, decisions on public law disputes between civil servants and the state may not be attributed to the primary scope of the civil law. Such a conclusion takes already into account the character (nature) of employment based upon public law. It is apparent that such an employment does not concern the rights and obligations of citizens inter se, but the relationship between the individual (civil servant) and the state (acting with power of authority).

It follows that the final control of the decisions of the (public) authorities through the Administrative Court is sufficient with regard to the public law disputes in issue. Regardless of that fact, Article 6 § 1 of the Convention must be observed also with respect to decisions on public law disputes in so far as that provision guarantees a right to a decision within a reasonable time.

In the present case the proceedings lasted for more than twelve years, the authorities bearing the overall responsibility for its duration. Furthermore, the applicant may not be “accused” of having appealed to the Administrative Court on two occasions. It should be noted in addition that neither the questions of facts and law to be resolved were extremely complex or difficult. As no special circumstances could be established for justifying a duration of proceedings to such an extent, the length of proceedings was not reasonable any more within the

meaning of Article 6 § 1 of the Convention. The applicant has been violated in his con-

stitutionally guaranteed right to a decision within a reasonable time.

Concerns:
Limited access to an
appeal court

Supreme Court, 20 October 2005 – Ref.: www.ris.bka.gv.at/jus – 3 Ob 205/05a

By decision of 30 May 2005, the Vienna Regional Court for civil matters confirmed the enforceability of a judgment of an English court granting affirmative relief to have immediate effect for Austria. According to the (bankrupt) applicant, this decision violated § 81 No. 3 of the Execution Order as the possibility of filing an appeal in the United Kingdom had been made dependent on the fulfilment of unacceptable conditions which amounted to a total bar to access to an appellate court.

The trustee in bankruptcy invoked the judgment of the European Court of Human Rights of 19 June 2001 in the case of *Kreuz v. Poland*. He disregarded, however, the fact that this judgment did not concern the fulfilment of certain requirements as precondition for filing an appeal following contentious proceedings at first instance, but a total denial of legal protection due to the requirement to pay fees to civil courts in connection with claims they were asked to determine.

The judgment of the English court, in contrast to the case of *Kreuz v. Poland*, was issued following an exhaustive evidential procedure in proceedings in which the applicant's right to a fair hearing had never been curtailed. In the same judgment, the European Court stressed, by referring to its judgment of 13 July 1995 in the case of *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom*, that with regard to the admissibility of legal remedies, limitations of a financial nature – such as the requirement of providing security for the opposing party's costs – might well be fixed.

In the present case the English Court of Appeal admitted an appeal of the now (bankrupt) applicant only against payment of a security in the amount of £100 000 for anticipated costs on part of the opposing party. This decision was founded, *inter alia*,

on the following considerations, namely that the judgment rendered concerned ingenious fraud, several grounds argued in favour of the assumption that the real purpose of seizing an appeal lay in delaying the opening of bankruptcy proceedings and, finally, that the extent of disclosure of his assets aimed at efforts with a view to continuing to settle his business as a (meanwhile) bankrupt person, eventually to the disadvantage of his creditors.

The impugned decision is therefore not based, in the light of the case-law of the European Court of Human Rights, on a striking misinterpretation that could lead the Supreme Court to declare the applicant's appeal as admissible.

The applicant, by invoking the judgments of the European Court of the European Communities of 24 October 1996 in the case of *P Lisrestal Ltd. and alia v. the Commission*, C-32/95, and of 28 March 2000 in the case of *Krombach v. Bamberski*, C-7/98, claims that the impugned decision violated also Community law as the latter guaranteed a fundamental right to a legal remedy against decisions issued by first instance courts when ruling on the merits.

The quoted decisions dealt with the right of the adversaries (of the Commission) to a hearing in appeal proceedings and their defence rights and the defence rights of the accused in criminal proceedings at first instance, respectively. There cannot be derived from the civil and criminal procedure law of the member states of the European Union a right to an appeal against decisions issued at first instance that go beyond the requirements of Article 6 § 1 of the European Convention on Human Rights, in its interpretation by the European Court of Human Rights.

The extraordinary appeal was therefore rejected as inadmissible.

Article 7 of the Convention

Concerns:
Alleged vagueness of a
“blank” provision of
criminal law

Constitutional Court, 4 March 2005 – Ref.: www.ris.bka.gv.at/vfgh – B 249/04

By a ruling of 16 December 2003, the Independent Administrative Panel for the Tyrol rejected the applicant's appeal against a criminal order of the Innsbruck district authority as unfounded. The applicant had been fined for having carried out, as driver

of a heavy good vehicle, a transit trip under the ecopoints scheme without having paid any ecopoints.

Before the Constitutional Court, the applicant claims that § 23 (2) of the Transport Act 1995 infringed Article 7 of the

European Convention on Human Rights on the ground that the reference to a violation of directly applicable provisions of the European Union on the traffic of goods on the road had to be considered as being of undue broad and generalised (dynamic) character, being so vague that even lawyers familiar with the law on the transport of goods (and much less the applicant as driver of a vehicle) were incapable of determining with certainty what provisions of Community law were comprised by the above reference.

Paragraph 23 (2) of the Transport Act 1995 makes breaches against directly applicable provisions of the European Union on the traffic of goods on the road a punishable (administrative) offence. This provision must be regarded, by its very nature, as a blank criminal norm. In its constant jurisprudence, the Constitutional Court has considered the technical (legal) procedure of external separation between legal description of the facts and criminal sanction, being symptomatic of that kind of norm, as unquestionable from the angle of constitutional law. On the other hand, the Constitutional Court has regarded it as imperative in this special field of law that the legal circumstances should be described with sufficient clarity as interdict provision and, thus far, as constituent (punishable) fact. Therefore, an unlawful – and thus punishable – conduct described by a blank criminal norm may be presumed only then and inasmuch as the “norm address” (Normadressat) is able to assess with clarity the limits between legal and illegal conduct so that any justified doubt on part of the “norm address” about the “content” of due conduct may be ruled out.

The provisions of Community law, referred to by § 23 (2) of the Transport Act

1995, are either provisions of primary law or regulation rules being directly applicable in Austria pursuant to Article 249 of the EC Treaty. They are in no way directives in respect of whom a direct applicability as such, also with regard to nature and extent of their capacity of replacing domestic law in single cases, might be questionable. The conduct put under sanction seems to be determined with sufficient clarity, taking into account that the penal provision in issue is aimed at drivers of trucks who are under a duty anyway to be aware of the provisions of domestic and Community law governing the exercise of their profession. The criminal sanctions are directed (merely) at breaches concerning the traffic of goods on the road. Thus only a breach of directly applicable Community law which contains regulations for drivers in the area of goods traffic (announced in the official gazette of the European Union and, therefore, published with sufficient precision) may lead to a punishment under § 23 (2) of the Transport Act 1995. Among these provisions rank the regulations of Protocol No. 9 governing the road and railway traffic and the combined traffic in Austria (attached as annex to the accession treaty) as well as Regulation (EC) No. 3298/94 with regard to the system of ecopoints for heavy goods vehicles transiting through Austria.

Admittedly, under the present state of affairs it might be practicable (and may even be desirable from the view of norm addresses) to specify the relevant rules and prohibitions of Community law, but this is not required by the principle laid down in Article 18 of the Federal Constitutional Act according to which legal provisions must be determined with sufficient clarity. The complaint was therefore dismissed.

Articles 7 and 10 of the Convention

*Concerns:
Degrading caricature
of two women on a
lawyer's Internet home
page*

Constitutional Court, 13 June 2005 – Ref.: www.ris.bka.gv.at/vfgh – B 1519/04

By a ruling of the Appeals Board of the Disciplinary Commission for lawyers and candidates, a fine was imposed on the applicant for having violated professional ethics and the reputation of the profession by including in his (professional) home page a caricature showing two women standing in the water, with giant breasts reaching to their knees, accompanied by the accompanying text “Why women shouldn’t take Viagra”. The applicant subsequently filed a

complaint with the Constitutional Court, alleging a violation of his constitutionally guaranteed rights of freedom of opinion (Article 10 of the European Convention on Human Rights) and of freedom of art (Article 17a. of the Basic State Law). He further asserted a breach of the requirement of certainty of legal norms of Article 7 of the Convention as his conviction had had no legal base.

The Constitutional Court has already expressed in its judgment No. 11.776/1988 that a conviction for a breach of professional ethics and the reputation of the profession must be based on legal rules or on a firm legal opinion within the lawyers' community (including guidelines or the previous jurisprudence of the Disciplinary Council). The requirement of certainty emanating from Article 7 of the Convention is not met by the competent authority in case it merely refers to sources of jurisprudence – instead of specifying which concrete professional duty is violated by the incriminated conduct.

This is not the case here. The applicant's conviction was based on § 10 (2) of the Lawyers Code and § 1 (1) of the Disciplinary Statute 1990. The respondent authority, in its assessment of the applicant's conduct, kept within the scope of what the applicant should have reasonably discerned when interpreting the term "professional ethics and reputation of the profession", namely that he was liable to punishment when including a picture like the described one in his professional home page. The contested ruling thus goes in line with the requirement of certainty of Article 7 of the Convention.

Regarding the alleged violation of his rights to freedom of opinion and of art, the applicant claims that the question whether the incriminated picture on his home page was capable of endangering public order or morals represented a value judgment. The ruling of the Appeals Board had had no legal base, but was founded on moral, emotional and subjective values.

Disciplinary measures provided for by professional rules are necessary in a democratic society for the protection of the reputation and the rights of others. The respondent authority may not be opposed when holding that the incriminated picture on the lawyer's home page runs counter to a lawyer's general professional duty to observe the ethics and dignity of his profession (§ 10 (2) of the Lawyers' Code) by showing a respectable and honest conduct, taking into account that illustrations of such a kind (in form of a grotesque caricature) are capable *per se* of degrading the female gender and of causing offence to the public.

According to Article 17a. of the Basic State Law, the artistic work, the imparting of art and the artistic doctrine are free. An artist remains, irrespective of the fact that freedom of art is absolute and guaranteed without any legal restriction (as the Constitutional Court has already stressed in its judgment No. 10.401/1985), nevertheless bound, in his/her work, to the ordinary law (so-called "immanent bounds of fundamental rights"). The provisions of the Lawyers' Code and of the Disciplinary Statute 1990 are not directed at prohibiting artistic activities. On the other hand, lawyers – who are obliged to observe professional ethics and the reputation of the profession – should not be granted the same freedom as artists are allowed to express their artistic interpretation. The scope of protection with respect to a lawyer is to be assessed lower than that one regarding an artist. As a result, the applicant was neither violated in his constitutionally guaranteed right of freedom of opinion nor of freedom of art. The complaint was therefore rejected.

Article 8 of the Convention

*Concerns:
Right to join one's
family for special
humanitarian reasons*

Constitutional Court, 13 December 2005 – Ref.: www.ris.bka.gv.at/vfgh – B 1159/04

The applicant, a Yugoslav national, had lived in Austria from the age of seven with his family. His three children were subsequently born in Austria. After a five-year residence ban had been issued against him (which caused the applicant to leave the country), his parents were entrusted with the custody of the children. Following the lapse of the residence ban, the applicant entered Austria with a limited visa and applied there for a first residence permit for special humanitarian reasons. He gave as reasons that in view of a serious disease of his father his mother could no longer be expected to

be in charge of his three children. Meanwhile, the right to sole custody of his children had been conferred on him by the competent authorities. The Governor of Vienna dismissed his application on the grounds that the case in issue did not concern family community within the meaning of § 20 (1) of the Aliens Act.

The Federal Minister of the Interior did not follow up the appeal directed at that decision for lack of existence of special humanitarian reasons within the meaning of § 10 (4) of the Aliens Act. Moreover, to grant the applicant a residence permit for

humanitarian reasons with a view to establishing family community with his (own) children would constitute a “defeat of purpose” as pursuant to §§ 20 (1) and 21 (1) of the Aliens Act only spouses and/or minor (unmarried) children were allowed to join their family. The applicant’s request had therefore to be dismissed as the public interests within the meaning of Article 8 § 2 of the European Convention on Human Rights prevailed over his own interests, the reason being that his living was not secured and the purpose of stay, family community with children/parents, was not provided by the law. The applicant then filed a complaint with the Constitutional Court.

Article 8 of the Convention does not guarantee a right of aliens to establish a family life in a certain state (cf. judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Gül v. Switzerland*). Irrespective of that fact, a state may be under an obligation to enable the entry and residence of family members under special circumstances. This is here the case: The three (mainly minor) children (subject to the applicant’s custody) all have an unlimited residence permit for Austria and have been educated there. The refusal of a “first residence permit” constitutes therefore an interference with the right to respect for family life under Article 8 of the Convention.

The respondent authority proceeded from the assumption that the conditions set

forth in §§ 20 (1), 19 (2) No. 6 and 21 (3) of the Aliens Act – under which persons are allowed to join their family – are regulated exhaustively. The grant of a residence permit for humanitarian reasons was therefore not applicable to cases of “joining the family” of the described kind.

By acting in this manner, the respondent authority has not only disregarded the considerations followed by the Constitutional Court in its judgment No.

17 013/2003, but has also failed to construe § 10 (4) of the Aliens Act in conformity with the fundamental right to respect for family life. In the judgment cited, the Constitutional Court had emphasised that where a person was allowed to join his/her family, as direct consequence of the demands of Article 8 of the Convention, this might constitute a relevant “special humanitarian ground” within the meaning of § 10 (4) of the Aliens Act. By interpreting § 10 (4) of the Aliens Act in a way incompatible with Article 8 of the Convention, the respondent authority applied the law in an illogical manner in that it neither clarified the special circumstances of the case nor took into account the possibility that a requirement existed in special cases on humanitarian grounds for a father to join his children. The challenged ruling was therefore set aside as unconstitutional due to a violation of Article 8 of the Convention.

*Concerns:
Denial of deletion of
conventional (manual)
data by the security
authorities*

Constitutional Court, 15 December 2005 – Ref.: www.ris.bka.gv.at/vfgh –B 1590/03

On 13 November 2000, the applicant was sentenced to a suspended term of imprisonment for homosexual indecency, committed with persons aged under eighteen (§ 209 of the Criminal Code). On 13 August 2002, § 209 of the Criminal Code expired (after having been annulled by judgment of the Constitutional Court of 21 June 2002, G 6/02). The applicant subsequently filed a request with the Vienna Federal Police Directorate for the deletion of any data processed by way of conventional (manual) means in connection with his conviction for homosexual indecency. On 20 December 2002, he was informed about the deletion of his personal data in the Central Collection of Information of the security authorities. His wish, however, to have deleted all the conventional (manual) data (index cards, records) could not be complied with as they would serve the purpose of documentation within the meaning of § 27 (3) of the Data Protection Act 2000.

The applicant then filed a complaint with the Commission for the Protection of Data, the latter allowing the complaint in part by ruling of 2 September 2003. According to its jurisprudence, paper files did not constitute a data file within the meaning of § 1 (3) of the Data Protection Act 2000. A formal (official) documentation of acts of administrative authorities in the form of index cards and records was therefore admissible from viewpoint of the law relating to the protection of data. Although deletion of those data was out of the question, in the light of the judgment of the Constitutional Court of 16 March 2001, G94/00, the requirements for a correction had been met. As a result, the Federal Police Directorate was instructed to complete the index cards and records for the year 2000 by declaring that the criminal complaint brought before the Viennese prosecution authorities had been withdrawn and no criminal proceedings had been instituted against the appli-

cant. The remainder of the complaint was rejected.

Against this ruling the applicant filed a complaint with the Constitutional Court, alleging, *inter alia*, a violation of his constitutionally guaranteed rights to the deletion of data within the meaning of § 1 (3) No. 2 of the Data Protection Act 2000 and for respect of his private sphere pursuant to Article 8 of the European Convention on Human Rights.

In the present case the respondent authority was right in proceeding from the assumption that index cards and records should be assessed as manual data in respect of which the person concerned had a right to deletion and correction. It held, however, that these data could be attributed solely to the internal service.

According to the jurisprudence of the European Court of Human Rights, a violation of the constitutionally guaranteed right to equality of all citizens before the law (*Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz* - Article 7 of the Federal Constitutional Law) might be established in cases where an authority acted in an arbitrary manner, in particular by a complete misapprehension of the legal situation. Such a “qualified error” is here the case: as the Constitutional Court has stressed in its judgment of 30 November 2005, B1158/03, the processing of personal data with respect to persons who are affected by measures of the security police may not be attributed to the internal service as long as their legal position is settled by the processing of data. As a matter of consequence, the respondent

authority should have applied the regulations of the Security Police Act relating to the use of personal data.

Finally, the Commission for the Protection of Data, by ordering the completion of the relevant index cards and records by way of correction, has completely disregarded the concrete facts. By effectively issuing a certification for the applicant that the Viennese prosecution authorities had withdrawn the criminal charge and no criminal proceedings had been instituted against him, it may not be excluded that with respect to persons who know about the applicant’s conviction a second criminal complaint gets documented quasi *prima vista*. The impugned decision was therefore annulled on that special point.

The Commission for the Protection of Data rejected the remainder of the complaint, thereby disallowing the applicant’s wish to have deleted the so-called “copy files”. Its standpoint must be agreed with. A data file within the meaning of § 4 No. 6 of the Data Protection Act 2000 is only to be understood as a “structured collection of data which are accessible under at least one search criterion”. A “paper file” does not meet such a requirement. The Commission for the Protection of Data is right when holding that such definition of a data file is in accordance with the one underlying Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. The complaint relating to this point was therefore rejected.

*Concerns:
Infringement of the
privacy of a priest
presumed to be homo-
sexual*

Supreme Court, 15 December 2005 – Ref.: www.ris.bka.gv.at/jus – 6 Ob 211/05f

The plaintiff was the director of a Roman Catholic seminary. The first defendant party is the editor of a weekly magazine; the second defendant party is a journalist employed there. On 5 July 2004, the latter published an article about alleged homosexual acts in the Roman Catholic seminary. In the edition of 12 July 2004, under the headline “Porno affair – photographic evidence of sex plays between priests and their pupils”, a picture could be seen showing the plaintiff hugging a pupil, having his hand in the immediate vicinity of his genitals. The plaintiff subsequently filed an action based on § 1330 of the General Civil Code and § 78 of the Copyright Act with the Vienna Commercial Court, seeking the issue of an interim injunction whereby the defendant parties should be prohibited from publishing

ambiguous photographs and from distributing allegations capable of infringing their honour and reputation, namely that homosexual encroachments involving abuse of a position of authority had occurred in the said seminary. The court of first instance rejected the action for injunction, while the appellate court allowed it in part. Against the latter’s decision all the parties filed an appeal with the Supreme Court.

It should be taken into consideration, when assessing the legal facts underlying an “insult to honour” under § 1330 of the General Civil Code, that the notion of homosexuality is still understood in the negative so that a corresponding “reproach” is to be considered as interference with the “personality right of honour”. The reproach of having envisaged homosexual contacts

concerns verifiable allegation of facts, open to a proof of the truth. The existence of such a probability has been proved by the defendant parties to a sufficient extent. Besides, the plaintiff himself failed to explain why the scene documented by the photograph should have been harmless.

The European Court of Human Rights applies a generous standard to the interest of the public in discussing questions of general public interest (cf. judgments of 26 February 2002 in the cases of *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt* and *Dichand et alia*, both v. Austria. The topic “homosexuality of officials of the church” continues to form the object of public discussion, that being so as it comprises basic questions and basic needs of human beings – like sexuality and religious moral convictions. The interest of the plaintiff in protecting his privacy and honour must therefore yield to the interest of the public in being adequately informed by way of a coverage obliged to truth. The action for injunction is therefore not justified with regard to the challenged allegation of facts.

The (provisional) action for injunction, seeking to prohibit a distribution of pictures of the plaintiff, must be declared as admissible, however. When assessing whether justifiable interests within the meaning of § 78 (1) of the Copyright Act would be violated in case of publication of the picture, special attention must be drawn to the question whether the interests of the person pictured are to be considered as worthy of protection when applying an objective test. In contrast to the view of the appellate court, the plaintiff's interests are worthy of protection in the case in issue. He is neither an “absolute person of contemporary history” nor a

“person in public life” whose appearance was known to the public before the publication of the picture. There is plain evidence that the picture, in case of being published, is capable of aggravating the degrading effect of the accompanying text which, *per se*, is capable of infringing the plaintiff's honour (so-called “pillory-effect”).

In the present case, the observance of the plaintiff's privacy is to be given more weight than the interest of the public in watching the picture. The photograph was taken in the course of a party and thus falls within in the private sphere, guaranteed by Article 8 of the European Convention on Human Rights. Taking into account that sexual freedom between adults has been recognised as “absolute personality right” in the meanwhile, the sexual sphere enjoying constitutional protection, this is principally true of members of religious communities and officials of the church, even if the exercise of the sexual freedom mentioned may be in contradiction to the Church doctrine. The interest in distributing the picture may only prevail if it has a special “information value” – such as the warning against a fugitive criminal perpetrator. The principle of proportionality prohibits in any case a publication for the only reason of satisfying the sensation-seeking of the people. The information interest of the public may be satisfied to a sufficient extent without publication of the picture provided that there is a description of the relevant facts of the case and reference is made to the existence of a photograph (several photographs) serving as piece of evidence. As a result, the parties' appeals were followed partly, the decisions of the lower instances being adequately modified.

*Concerns:
Admissibility of private
video surveillance*

Supreme Court, 19 December 2005 – Ref.: www.ris.bka.gv.at/jus – 8 Ob 108/05y

The second plaintiff (the mother of the first plaintiff) is the owner of a real estate at the address W. The house is in general unoccupied, but is used partly by guests. The first defendant is the legal representative of the third defendant. The second defendant is the owner of a (private) detective agency. By interim injunction of 4 December 2003, the Vienna Commercial Court, by following a motion of the third defendant (a company), ordered the first plaintiff to refrain from allegations about enterprises belonging to its group, bearing detrimental effects on its economic wellbeing. On 17 December 2003, the third defendant filed an application for issue of an execution order with District

Court D, alleging that the first plaintiff had ignored the injunction issued by the Commercial Court. The latter raised the objection that the District Court D lacked the competence *ratione loci* as he had his only domestic residence in N. At the address that W mentioned in the application for issue of an execution order, he had neither his place of residence nor his common household. The first defendant had considerable doubts as to the correctness of that statement which caused him to get in contact with the second defendant. They eventually agreed to park a car at the property in W with a video camera inside.

The video surveillance took place from 3 February to 9 February 2004 and from 24 February to 30 March 2004. A report was drawn about the results of the video surveillance and submitted to District Court D. by the first defendant. The plaintiffs subsequently filed a plea for injunction with the Vienna Regional Court for civil matters, alleging that the video surveillance – which had occurred without their knowledge and consent – constituted an illegal interference with their private and secret sphere. The Regional Court dismissed the plea, holding that a video surveillance limited to merely six weeks was quite admissible, taking into account the reasons underlying the said surveillance (refutation of a procedural pleading expected to be untrue). The Vienna Upper Regional Court did not follow the plaintiffs' appeal directed against that decision, pronouncing at the same time that the "ordinary appeal" was admissible.

Systematic (unbroken), covert and "identifying" (attributable to a certain person in the end) video surveillance constitutes an interference with the right to respect for the private and secret sphere pursuant to § 16 of the General Civil Code in connection with Article 8 of the European Convention on Human Rights. "Mere information interests" may be found to pursue the guarantee of security (right to physical integrity, right to protection of property), a goal acknowledged by the legal order only on the condition that the envisaged information serves a legitimate aim. For this reason, neither sheer curiosity nor the wish to "scare off" neighbours on occasion of a smouldering neighbourhood dispute (cf. judgment of the Supreme Court of 14 May 1997, 7 Ob 89/97g) may justify a video surveillance.

In the present case there existed a general interest on the part of the defendant parties to obtain evidence with respect to a dispute on the competence of courts in legal proceedings. The video surveillance was also capable of attaining the envisaged goal. It did not constitute the most respectful (sensitive) means, however. In the case in issue, a surveillance of the real estate through a detective would have been absolutely sufficient. There is no indication that such a measure would not have been justified from an economic view. Beside the fact that technical defects may also occur with regard to video surveillance, a "human observer" (detective) could have taken selective pictures from the first plaintiff when entering or leaving the house. That such a punctual measure would have been in any case more sensitive as a systematic video surveillance can be explained by the permanent pressure which results from a continuous (selective) video surveillance.

Furthermore, the objection of the defendant parties according to which there existed no risk of abuse because only the second defendant (underlying an obligation of secrecy) had taken a look at the video recording, is likewise not justified. The reason is that the third defendant had not argued even (before the court) to have waived, towards the second defendant, its "right to inspection" of the said video recording. It remains to be stated that the video recording was produced yet for the purpose of utilization in legal proceedings. The motion for injunction of the challenged video surveillance was therefore granted and the appeal followed.

Articles 8 and 12 of the Convention

*Concerns:
Sexual intercourse in
penal institutions*

Administrative Court, 21 June – Ref.: www.ris.bka.gv.at/vwgh – 2005/06/0034

The first applicant is serving a life sentence in prison X. He is married to the second applicant (who is not in detention). On 29 March 2001 they filed an application with the prison director to grant them sexual contacts with each other on prison visits, invoking Articles 8 and 12 of the European Convention on Human Rights and § 44 of the General Civil Code, respectively. Their application was refused on the grounds that according to § 93 et seq. of the Penitentiary Act the essential aspect of visits in prisons consisted in enabling contacts of a verbal

nature between a prisoner and his/her visitor. Although the prison administration might refrain from a surveillance of visits in certain circumstances, the granting of sexual contacts during such visits was not provided by the law. The applicants then appealed to the Federal Minister of Justice who dismissed the first applicant's complaint and rejected as inadmissible the second applicant's complaint for lack of capacity to complain in person, she herself not being a prison inmate. The applicants

subsequently filed a complaint with the Administrative Court.

It must be observed that the regulations concerning the permissibility and surveillance of visits have been significantly amended by the 1993 amendment to the Penitentiary Act. Paragraph 93 (2) of the Penitentiary Act, in its current version, provides now that visits shall take place in “appropriate rooms”. Paragraph 94 (1) of the Penitentiary Act refers to visits “in adequate visitors’ rooms”, adding that in the case of family members it would be permissible not to monitor conversations and that other rules regarding the arrangement of visits might be relaxed.

It can neither be derived from the wording of the provisions of the Penitentiary Act as amended by the novella 1993 nor from the commentary of the government Bill (with respect to § 93 of the Penitentiary Act) the conclusion that the Penitentiary Act excludes sexual contacts at visits on principle and that the communication between prisoner and visitor should be restricted merely to verbal statements. The explicit reference in § 93 (2) of the Penitentiary Act to “appropriate rooms” and the statement following immediately afterwards (namely that the prison administration might refrain from a surveillance of visits in certain circumstances) would point rather to the contrary. Paragraph 94 (1) of the Penitentiary Act (“other rules regarding the arrangement of visits might be relaxed”) confirms that hypothesis.

The Administrative Court therefore comes to the conclusion that the Penitentiary Act in its current version does not generally exclude the enabling of sexual contacts between prisoners and their spouses during visits in the prison. On the other hand, it has already held with respect to § 93 (2) of the Penitentiary Act that the “subjective” right of prisoners to receive

visitors is limited by the prerequisites (enough space, no organisational impediments) mentioned therein (cf. judgment of 29 October 1998, No. 96/20/0726; judgment of 31 May 2001, No. 98/20/0176). Neither § 93 (2) nor § 94 of the Penitentiary Act thus afford prisoners a legal entitlement to provide them with appropriate rooms for sexual contacts.

Prison directors enjoy a wide margin of appreciation regarding their decision whether to allow a prisoner contacts of the kind described, provided that the organisational means in the penal institution allow for it and appropriate rooms for sexual intercourse are available. In this respect, however, the prison director has to take a decision founded on objective reasons – which the prisoner has a legal right to expect.

The Administrative Court is of the opinion that its way of interpreting § 93 (2) of the Penitentiary Act is also in line with the jurisprudence both of the Constitutional Court and the European Court of Human Rights (cf. judgment of 29 April 2003 in the case of *Aliev v. Ukraine*, No. 41 220/98) as both courts have considered the prohibition of sexual contacts for prisoners as unquestionable in the light of Article 8 of the Convention. In any case, by proceeding from the wrong assumption that the relevant provisions of the Penitentiary Act left no room for sexual contacts between spouses, the respondent authority failed to tackle the question of whether the requirements for granting a visiting right under § 93 (2) of the Penitentiary Act were met in respect of the existence of appropriate space. The ruling was therefore set aside due to illegality of its content with respect to the first applicant while the complaint of the second applicant was rejected as unfounded for lack of capacity (status) as party to the proceedings.

Articles 8 and 14 of the Convention

*Concerns:
Discrimination of
homosexual (lifetime)
partners by the social
insurance law*

Constitutional Court, 10 October 2005 – Ref.: www.ris.bka.gv.at/vfgh – G 87-88/05, V./05

The applicant – as an employee – is insured under the health insurance scheme of the General Social Insurance Act. In July 2004, he unsuccessfully requested the Health Insurance Service for Lower Austria to have his homosexual (lifetime) partner recognised as family member eligible for legitimate claims within the meaning of §

123 (8b.) of the General Social Insurance Act. He filed a request with the department competent for social insurance of the commercial trade, invoking § 83 (8) of the Commercial Social Insurance Act. By several rulings, the governor of Lower Austria rejected the applicant’s objections against the negative rulings on the grounds that the

relevant provisions provided only for legitimate claims on the part of heterosexual persons. The applicant then filed a complaint with the Constitutional Court, alleging a discrimination of homosexual (lifetime) partners and a violation of the principle of equal treatment pursuant to Article 7 of the Federal Constitutional Law.

The Constitutional Court feels obliged to depart from his former legal view, set out in its decision of 15 June 1998, B935/98, where it had refused to deal with a similar complaint by referring to the discretion of the lawmaker in the field of legal policy. Starting from the conclusions of the European Court of Human Rights in its judgment of 24 July 2003, *Karner v. Austria*, in cases where the law does not require the existence of marriage or family relations, but allows for the existence of a partnership for life, a differentiation on the ground of sex or sexual orientation seems to be at issue which might constitute a violation of Article 14 of the European Convention on Human Rights, unless there are serious grounds arguing for a non-violation.

It remains to be examined in every single case and against the background of the relevant life situation whether a differentiation on the ground of sex or sexual orientation is reasonably justified. The European Court of Human Rights apparently demands for each differentiation the existence of serious grounds. Besides, the fact that the instant case involves not life partnership in a

common household, but only a long-term household and housekeeping free of charge, speaks rather against the required justification of a differentiation on the ground of sex, founded on special (reasonable) reasons.

The Federal government gives as legitimate reason for a differentiation the intention to promote families with children – which could never be the case in respect of homosexual partnerships.

It is a matter of fact that the regulation in issue is not founded on the existence of children and no indications can be made out that for the inclusion in the insurance of the homemaker or housekeeping partner an appreciable incentive would or should be created in this direction. In the focus stands rather the fact of gratuitously running the household in a domestic partnership, explicitly mentioned by the law. By the way, the lawmaker would have been in no way barred from realising targets in the field of family policy by confining the said regulation to family communities with children. The possibility that relevant side effects might occur can neither excuse the differentiation made by the law nor does so the fact that the law on social contributions requires that the jointly insured party be committed to the upbringing of children.

As a result, § 123 (8b.) of the General Social Insurance Act and § 83 (8) of the Commercial Social Insurance Act shall be set aside for breach of the Constitution.

Concerns:

Relevance of a person's membership of a minority group to the assessment of degree of punishment

Supreme Court, 12 October 2005 – Ref.: www.ris.bka.gv.at/jus – 13 Os 97/05x

The applicant had been sentenced to a half-suspended term of imprisonment for theft and attempted coercion. Against the judgment he filed a plea of nullity with the Supreme Court.

The plea of nullity is partly admissible. The sentence of seven months' imprisonment (five months being suspended) fixed by the court of first instance is far too high (as the applicant has correctly stressed) for the purpose of punishing cases of minor criminality like the one in issue. The first instance court stated that the imposition of unconditional terms of imprisonment was principally necessary for showing persons coming from the same cultural society as the applicant quite bluntly that Austrian supermarkets could in no way be regarded as self-service shops for criminals. That was particularly the case since in recent years property crimes committed by asylum seekers coming from the former Commu-

nity of Independent States had assumed alarming proportions.

The reference according to which membership of a certain nation is decisive of the degree of punishment is unacceptable and is at variance with the relevant provisions of law which do not provide for such a distinguishing feature (cf. § 281 (1) No. 11 third case of the Code of Criminal Procedure).

The imposition of a fine does not contradict stringent requirements of "special and general crime prevention", regardless of the fact that the applicant has already been convicted twice for forgery of documents. The theft of a perfume bottle worth €12.90 in a self-service shop does not justify the imposition of a prison sentence for lack of existence of specific requirements of special crime prevention in relation to the applicant's person, seen from the angle of the principle

of proportionality laid down in § 37 of the Criminal Code.

The challenged judgment was therefore set aside and the Supreme Court itself called up to pronounce on the merits. The uncondi-

tional imposition of a fine of 90 daily rates at €2 each seems to meet the requirements of special and general crime prevention and is also fair with respect to the applicant's guilt and personality profile.

Article 10 of the Convention

*Concerns:
Description of a politician as a racist and freedom of opinion*

Administrative Court, 19 October 2005 – Ref.: www.ris.bka.gv.at/vwgh – 2003/09/0074f

By penal order of 1 February 2002, the Graz Federal Police Directorate imposed a fine on the applicant for having violated, as member of an activist group participating in an election campaign of the Austrian People's Party at the Graz main square, public decency within the meaning of § 1 of the Law of the province of Styria relating to offences against decency, to the provocation of noise and to insults against honour 1975 (the 1975 Law), by shouting the words "Stoiber is a racist" (indicating the Prime Minister of Bavaria, Mr Edmund Stoiber). The Independent Administrative Panel for Styria dismissed the applicant's appeal filed against the penal order on the grounds that the description of a politician as a racist undoubtedly constituted an insult. The applicant then filed a complaint with the Administrative Court.

With respect to the 1975 Law, the Constitutional Court has expressed in its judgment of 28 November 1985, B 249/84, that when assessing under the angle of Article 13 (1) of the Basic State Act and Article 10 of the European Convention on Human Rights whether the shouting of words in a public place had to be considered as a violation of public decency, such assessment would have to take into account the general surrounding circumstances under which the shouting occurred.

In the present case the respondent authority had to consider as attendant circumstances the fact that a public election campaign was at the focus of attention, with a huge number of participants and a high noise level, and that the applicant's group was showing an image which revealed an alleged former statement of the speaker, namely "We do not want life forms to be established here which are not of German origin," so that the shouting of the applicant had to be seen in a textual context with statements of the speaker previously made.

By the way, not every expression of disapproval at events in public space is to be assessed straightaway as violation of public

decency. This is also true of expressions of criticism. Against the background of Article 10 of the Convention, the expression of disapproval and criticism must be principally admitted at public election campaigns held on places free accessible to the public and in the open air. The reason is that the fundamental right to freedom of opinion is applicable not only to information or ideas that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb (cf. the judgment of the European Court of Human Rights of 26 September 1995 in the case of *Vogt v. Germany*). Furthermore, the limits of acceptable criticism are accordingly wider as regards a politician as such than as regards a private individual (cf. the judgment of the European Court of Human Rights of 8 June 1986 in the case of *Lingens v. Austria*).

The Administrative Court is not able to follow the Panel's view according to which the description of a politician as a racist at an election speech in public violated public decency. This phrase as well as the public description of a person as a racist cannot be regarded *per se* as indecent, offensive or improper, violating human dignity. In the case in issue, the respondent authority also failed to appreciate that the applicant and his group, by shouting and showing simultaneously an image, apparently intended to establish a connection with previous statements of the speaker, thereby expressing a value judgment – and not an indecent or improper insult.

The same is true of the Panel's view according to which persons who attend an election rally as sympathisers must not accept to be confronted with a chorus of demonstrators capable of discrediting the guest speaker. The reason is that anyone who runs or visits a political event at such a place is bound to accept that he/she might be confronted with critical or negative forms of opinion. As a result, the ruling was set aside due to "illegality of its content".

Article 11 of the Convention

Concerns:

Prohibition of an assembly intended to glorify a National Socialist cult figure

Constitutional Court, 7 June 2005 – Ref.: www.ris.bka.gv.at/vfgh – B 1473/04

By letter of 18 August 2003, the applicant informed the Vienna Federal Police Directorate of an intended rally under the topic “honorary tomb for a hero, renewed award of honorary status for the final resting place of major Walter Nowotny”, designated to take place on 23 August 2003 in Vienna. By ruling of 22 August 2003, the Vienna Federal Police Directorate refused the advertised assembly, relying on Article 6 of the Assembly Act 1953 in connection with Article 11 § 2 of the European Convention on Human Rights. The Federal Minister of the Interior rejected the applicant’s appeal against the ruling of the Vienna Federal Police Directorate on the grounds that it might be assumed that in the course of the planned rally acts would take place contrary to the provisions of the (National Socialism) Ban Act. The assembly obviously served the glorification of Nowotny who, according to information provided by the Federal Authority for the protection of the Constitution and the fight against terrorism was seen as National Socialist cult figure by “traditional (comradeship) associations”, organisations of the extreme right wing and neo-Nazis. In a press release of the “Defensive Alliance Soldier’s Grave”, the applicant had even denied the crimes of the Nazi era. For all those reasons, a banning of the advertised assembly had been deemed imperative.

Against this ruling the applicant filed a complaint with the Constitutional Court, alleging a violation of his constitutionally guaranteed rights of freedom of assembly (Article 12 of the Basic State Law) and of equality of every citizen before the law (Article 7 of the Federal Constitutional Act).

The respondent authority based its ruling on § 6 of the Assembly Act 1953. This provision reads as follows: “Assemblies whose purpose runs counter to penal law or which may endanger public order and security shall be prohibited by the (competent) authority.”

In view of the material legal reservation laid down in Article 11 § 2 of the Convention, § 6 of the Assembly Act 1953 must be interpreted in accordance with that Convention provision. The authorities are only authorised to deny an assembly provided that it should be necessary for one of the reasons mentioned in Article 11 § 2 of the Convention. In its decision, the competent authority has to outweigh the interest of the “runner” of the assembly in being able to hold it as desired against the public interest enumerated in Article 11 § 2 of the Convention in taking not place. It is a “prognosis decision” which the authorities are deemed to take on the basis of established objective circumstances, carefully balancing out the protection of freedom of assembly and the observation of public interests on the part of the authorities.

The respondent authority is right when assuming that § 3 of the (National Socialism) Ban Act includes a prohibition being directly applicable which must be observed by any state organ within the scope of its competence, thus by the assembly authority as well. The latter correctly held that the holding of an assembly would endanger, inter alia, public order in the circumstance that speeches already envisaged were capable of strengthening National Socialist ideas and agitations and, respectively, that the purpose of the assembly served the cultivation of the tradition of the former German Army (Deutsche Wehrmacht). There are no doubts, in view of the facts established by the respondent authority (topic of the assembly, personality profile of the applicant, public outreach), that a prohibition of the announced assembly was deemed necessary for this simple reason. As a result, a violation of the applicant’s constitutionally guaranteed right to freedom of assembly could not be established. The complaint was therefore rejected.

**Article 1 of
Protocol No. 1 to
the Convention
and Articles 8 and
14 of the
Convention**

Concerns:

*Limitation of claims to
unemployment benefits
to aliens residing
legally in the country
with a work permit*

Constitutional Court, 1 October 2005 – Ref.: www.ris.bka.gv.at/vfgh – G 61/05

Pending before the Administrative Court was a complaint from a national of Sudan who enjoyed “interim protection against deportation”. He complained about an ordinance of the Vienna employment service of 15 September 2003, by which his application for grant of unemployment benefit was denied according to § 7 (3) No. 2 of the Unemployment Insurance Act 1977 as amended by Federal Law Gazette No. I 71/2003. The Administrative Court subsequently filed an application with the Constitutional Court for reversal (except of the last phrase “and”) of No. 2 of § 7 (3) of the Unemployment Insurance Act 1977. According to that provision “a person may take up and exercise a ‘dependent’ employment (unselbständige Beschäftigung) and [...] (No. 3)” provided that he/she resides legally in the country.

The Administrative Court alleges that the exclusion of unemployment benefits also with respect to persons who are not subject to (the enforcement of) measures under the Alien Law with a view to terminating their stay in the country would lead to an improper and unequal treatment between aliens authorised to participate in the domestic labour market and those not possessing such an authorisation. This would lead to an improper differentiation on the grounds of nationality, being at variance with Article I (1) of the Federal Constitutional Act implementing the International Covenant on the elimination of all forms of racial discrimination and Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights in connection with Article 14 of the Convention.

The right to unemployment insurance contributions is a pecuniary right for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention. It has to be granted to everyone without any discrimination pursuant to Article 14 of the Convention (cf. judgment of the European Court of Human Rights of 16 September 1996 in the case of *Gaygusuz v. Austria* and the corresponding judgment of the Constitutional Court of 11 March 1998, G 363/97 *et alia*, Collection of decisions No. 15 129/1998).

According to the view of the Administrative Court, every stay of aliens in Austria which cannot be terminated by way of coercive measures within due time either brought about a claim (for persons) to take up and exercise a “dependent” employment or to receive unemployment benefits or emergency assistance (after fulfilling the requirements for such a claim) although he/she was not entitled to seize a working opportunity.

It should be noted at the outset that the state, on the one hand, is entitled to regulate the stay of aliens within its territory for other (reasonable) purposes than those of taking and exercising a “dependent” employment, but is allowed, on the other hand, to arrange for an unemployment insurance scheme that applies only in respect of the lack of an “appropriate” workplace. The contested provision, however, takes into account merely the circumstance that not anyone who is residing (even) legally in Austria is allowed to take up and exercise an occupation there.

The Administrative Court holds the view that the status of an alien whose stay in the country may not be terminated for legal reasons (because he/she enjoys protection against deportation under the Geneva Refugee Convention or Article 8 of the European Convention on Human Rights) should be treated in the same way as aliens possessing a legal claim to reside in the country.

The Administrative Court seems to be of the opinion that aliens entitled to the award of social contributions shall be granted unemployment benefits notwithstanding the fact that they are barred from taking up and exercising an occupation whereby such a claim could be curtailed in a reasonable manner. The challenged provision, however, aims not at (unduly) confining a principally legal claim based on special reasons, but is the necessary consequence of the (properly) circumscribed insurance risk. The reason why one is not in the position to take up an employment is left out of consideration. Individuals who become unfit for work after having acquired a claim to receive social benefits or who are not able to take up an employment because they are in charge

of children or elderly persons shall not receive unemployment insurance contributions.

Consequently, no interference in pecuniary rights is in issue, but the proper management of the law relating to unemployment insurance. As a result, no question is raised

as to the proportionality of the (assumed) interference. Paragraph 7 (3) No. 2 of the Unemployment Insurance Act 1977 does not contravene Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights in connection with its Article 14. The application was therefore rejected.

Belgium/Belgique

Article 5 de la Convention

*Concerne :
Placement dans un
établissement de
défense sociale*

Tribunal de première instance de Bruxelles (référé), 18 mars 2005 – Réf. : Journal des Tribunaux, 2005, pp. 397-398

Dès lors que le droit à une détention régulière au sens de l'Article 5 § 1.e) de la Convention européenne des Droits de l'Homme est en cause, le juge des référés peut, vu l'urgence intrinsèque de la situation et au bénéfice du provisoire, enjoindre à l'Etat d'exécuter une décision en vertu de

laquelle une commission de défense sociale a placé une personne dans un établissement de défense sociale, lorsque la détention substitutive de cette personne dans un établissement pénitentiaire se prolonge de manière excessive.

*Concerne:
Champ de l'Article 5 §
2 de la Convention*

Cour de cassation, 23 mars 2005 – Réf. : PO50332F, www.cass.be, JC053N2_1, 2005

L'Article 5 § 2 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ne concerne que l'arrestation et non les décisions

rendues ultérieurement ordonnant le maintien de la détention préventive.

Article 6 de la Convention

*Concerne:
Respect des droits de la
défense dans une
procédure disciplinaire
à l'encontre d'un
détenu impliqué dans
une émeute*

Conseil d'Etat, 25 mars 2005 – Réf. : www.raadvst-consetat.be, A 161.103/XI-16.065, 2005

Le respect des droits de la défense est un principe général de droit belge, d'ordre public, qui s'impose à toute autorité administrative statuant en matière disciplinaire. En l'espèce, il ne ressort pas de la décision contestée que le requérant ait pu prendre connaissance des rapports écrits des gardiens de prison, qu'il ait pu faire appel à son avocat et qu'il ait été en mesure d'argumenter à

propos du quantum de la punition qu'il risquait d'encourir. L'impossibilité invoquée de mettre cette procédure en pratique en raison du nombre de détenus impliqués dans l'émeute et de la nécessité de garantir l'ordre et la sécurité au sein de l'établissement n'est pas de nature à justifier une quelconque atteinte à ce principe général.

*Concerne:
Champ d'application
de l'Article 6 de la
Convention*

Cour de cassation, 28 décembre 2004 – Réf. : PO41647F, www.cass.be, JC04CS1_3, 2005

L'Article 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ne s'applique

pas aux juridictions d'instruction qui statuent en matière de détention préventive.

Cour de cassation, 14 janvier 2005 – Réf. : JC051E2_3, www.cass.be, C020221N, 2005

L'Article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme est, en principe, applicable aux procédures qui, conformé-

ment à l'Article 584 du Code judiciaire, sont jugées en référé par le président du tribunal de première instance.

*Concerne:
Conséquences sur le
prononcé de la peine du
dépassement du délai
raisonnable*

Cour de cassation, 21 juin 2005 – Réf. : PO50526, www.cass.be, JC056L4_2, 2005

Conformément à l'Article 21ter de la loi du 17 avril 1878 contenant le Titre préliminaire du Code de procédure pénale, si la durée des poursuites pénales dépasse le délai raisonnable, pour autant que ce dépassement n'entache pas la fiabilité de la preuve ou n'entrave pas de manière irrémédiable l'exercice des droits de la défense, le juge peut prononcer la condamnation par

simple déclaration de culpabilité ou retenir une peine inférieure à la peine minimale prévue par la loi ; le juge peut également, dans les limites légalement prévues par la disposition pénale, prononcer une peine inférieure à celle qu'il aurait prononcée sans dépassement du délai raisonnable, sous réserve que cette réduction de peine soit réelle et mesurable.

*Concerne:
Appréciation du délai
raisonnable*

Cour de cassation, 8 février 2005 – Réf. : PO411317N, www.cass.be, JC05281_1, 2005

Le délai raisonnable prévu aux Articles 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et 14.3.c du Pacte international relatif aux droits civils et politiques doit être apprécié à la lumière des circonstances de la cause et eu égard à sa complexité,

au comportement du prévenu et à celui des autorités judiciaires. L'appréciation de la durée de la procédure pénale comprend aussi bien celle de l'information que celle de l'examen de la cause devant la juridiction de jugement.

*Concerne:
Annulation des actes
accomplis par un juge
d'instruction récusé*

Cour de cassation, 25 mai 2005 – Réf. : PO50424F, www.cass.be, JC055P2_6, 2005

En cas de récusation d'un juge d'instruction, justifie légalement son refus d'annuler les actes d'instruction accomplis par ce magistrat antérieurement au jour du dépôt et de la communication de l'acte de récusation l'arrêt qui considère que ces actes ne sont pas de nature à rendre impossible un procès équitable devant la juridiction de jugement, en énonçant, d'une part,

qu'il n'est pas démontré que les mesures d'instruction, décisions et devoirs que ce magistrat a pris ne sont pas fondés et en rapport avec les indices matériels déjà recueillis et, d'autre part, que l'examen de ces actes ne révèle aucune violation des principes généraux du droit relatifs au respect des droits de la défense et à la présomption d'innocence.

*Concerne:
Pièces du dossier
répressif rédigées dans
une langue étrangère*

Cour de cassation, 26 avril 2005 – Réf. : PO41707N, www.cass.be, JC054Q3_1, 2005

L'Article 6 § 3e) de la Convention européenne des Droits de l'Homme dispose que tout accusé a le droit de se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à

l'audience. Cette disposition n'implique pas que pour l'instruction de l'action civile, une partie ait le droit de faire traduire certaines pièces du dossier répressif rédigées dans une langue étrangère.

Cour de cassation, Cour de cassation, 12 avril 2005 – Réf. : PO41732N, www.cass.be, JC054C2_1, 2005

L'Article 6 § 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ne requiert pas que la cour ordonne la traduction des

moyens qu'une partie civile, demanderesse, souhaite invoquer devant elle.

*Concerne:
Contestation soulevée
par le juge*

Cour de cassation, 18 avril 2005 – Réf. : SO40174F, www.cass.be, JC054I2_1, 2005

Méconnaît les droits de la défense et le droit de cette dernière à un examen équitable de sa cause par une instance judiciaire indépendante et impartiale le juge qui élève

d'office une contestation, étrangère à l'ordre public, dont les parties avaient exclu l'existence.

*Concerne:
Appréciation de la
pertinence de la
demande d'audition
d'un témoin*

Cour de cassation, 13 avril 2005 – Réf. : PO50263F, www.cass.be, JC054D4_3, 2005

L'Article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ne prive pas le juge du

fond du pouvoir d'apprécier la pertinence de la demande d'audition d'un témoin.

Concerne:
Impartialité des magistrats

Cour de cassation, 23 février 2005 – Réf. : PO41685F, www.cass.be, JC052N3_2, 2005

Le fait qu'un juge d'instruction ait siégé antérieurement comme juge des référés et en matière correctionnelle ne porte pas atteinte au caractère équitable du procès dès

lors que les décisions rendues ne contiennent aucun terme révélant une opinion de ce magistrat quant à la culpabilité de l'inculpé.

Cour de cassation, 15 décembre 2004 – Réf. : P041189F, www.cass.be, JC04CF1_A, 2005

Une méconnaissance de la présomption d'innocence dans l'opinion publique n'emporte pas de violation, par le juge, des Articles 6 § 2 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et 14.2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense. Il ne saurait se déduire ni d'une campagne

médiatique sans précédent, ni de la durée de la détention préventive, ni des déclarations émanant d'autorités publiques, ni de la reproduction dans la presse de certains passages du dossier répressif ou d'un sondage d'opinions que le jury ou les magistrats composant la cour d'assises n'auraient pas été impartiaux ou auraient méconnu la présomption d'innocence.

Concerne:
Caractéristiques du procès équitable

Cour de cassation, 15 juin 2005 – Réf. : www.cass.be, JC056F1_2, 2005

Un procès équitable ne requiert pas que toutes les personnes susceptibles d'être

impliquées dans la cause fassent l'objet de poursuites.

Articles 6 et 8 de la Convention

Concerne:
Appréciation souveraine de la nécessité d'une perquisition

Cour de cassation, 15 mars 2005 – Réf. : P041463N, www.cass.be, JC053F1_1, 2005

Le fait que l'indice sur lequel le juge d'instruction fonde son appréciation souveraine concernant la nécessité de la perquisition ait été recueilli de source anonyme n'entraîne

la violation ni des droits de la défense ni des Articles 6 § 1 et 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

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

Concerne:
Taux d'intérêts en cas d'expropriation

Cour de cassation, 11 février 2005 – Réf. : CO40161N, www.cass.be, JC052B2_8, 2005

Le règlement prévu à l'Article 21 de la loi du 17 avril 1835 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique tend à déterminer un taux d'intérêt très bas pour les sommes perçues indûment par la personne expropriée et ne lui impose pas, ainsi, la charge de la preuve d'avoir obtenu moins d'intérêts que le taux d'intérêt légal ou le taux

d'intérêt du marché ; quelle que soit la durée de la procédure en révision, elle ne porte pas atteinte au juste équilibre entre l'intérêt général et le droit de propriété individuelle tel que garanti par le Protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Articles 6 de la Convention et 4 du Protocole n° 7

Concerne:
Principe "non bis in idem" et décision antérieure d'un juge étranger

Cour de cassation, 26 juillet 2005 – Réf. : www.cass.be, JC057Q1_2, 2005

Le principe « non bis in idem » ne s'applique pas en cas de décision antérieure d'un juge étranger.

Article 7 de la Convention

Concerne:
Absence de base légale pour des poursuites

Cour d'arbitrage, 20 avril 2005 – Réf. : 73/2005, www.arbitrage.be

Au moment où la requérante a commis les faits dont elle était soupçonnée (avoir offert une aide nécessaire à l'exécution d'un meurtre, à Istanbul), il n'existait pas de base

légale pour qu'elle puisse être poursuivie et jugée pour ces faits devant des juridictions pénales belges.

Concerne:
Application de la loi la plus favorable

Cour de cassation, 14 mars 2005 – Réf. : SO30061F, www.cass.be, JC053E2_3, 2005

Le principe général du Droit de l'application de la loi nouvelle plus favorable est applicable aux sanctions administratives en matière de chômage.

L'Article 7 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme requiert que,

si la peine fixée au moment du jugement diffère de celle qui était fixée à l'époque de l'infraction, la peine la moins forte soit prononcée.

Article 8 de la Convention

Concerne:
Droit à la vie familiale des étrangers et réglementation de l'immigration

Cour du travail de Liège, 19 avril 2005 – Réf. : 3193703, www.cass.be, JS61392_1, 2005

L'Article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ne garantit pas aux étrangers le droit de choisir le lieu le plus approprié pour développer une vie familiale et ne réglemente nullement l'entrée, le séjour et la sortie des étrangers. Il incombe aux Etats d'assurer l'ordre public, en particulier dans l'exercice de leur droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'établissement des étrangers, conformément au § 2 de l'Article 8 de la Convention, pour autant que les décisions prises soient proportionnées aux buts légitimes poursuivis et nécessaires dans une société démocratique.

Le refus de l'aide sociale financière par les centres publics d'action sociale du lieu de résidence ne résulte pas nécessairement d'une

ingérence arbitraire des pouvoirs publics portant atteinte au principe du droit à la vie familiale, dès lors que l'Article 8 de la Convention ne peut s'interpréter, dans le contexte de la réglementation de l'immigration, comme comportant pour l'Etat une obligation générale de respecter les choix de résidence commune des ressortissants étrangers, ni de laisser un étranger entrer sur son territoire pour y créer des nouveaux liens familiaux.

Le droit au respect de la vie familiale requiert la vérification préalable de l'intensité des rapports personnels de dépendance devant exister entre deux personnes, parentes ou alliées, préalablement à la décision de cohabiter.

Concerne:
Protection de la santé des riverains d'un aéroport

Cour d'appel de Bruxelles, 17 mars 2005 – Réf. : 2004KR458, www.cass.be, JB053H1_6, 2005

En ayant pris la décision d'utiliser une certaine piste d'atterrissage de manière intensive sur la base d'un cadastre de bruit sous-évalué et sans avoir procédé préalablement à une étude d'incidence sur le repos et le sommeil des personnes habitant sous le

couloir d'atterrissage de cette piste, l'Etat a, *prima facie*, violé les dispositions de l'Article 23 de la Constitution et de l'Article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme en ce qu'elles concernent la protection de la santé.

Concerne:
Surveillance des communications téléphoniques

Cour de cassation, 19 janvier 2005 – Réf. : PO41383F, www.cass.be, JC051J1_1, 2005

Le juge d'instruction qui décide de prescrire la surveillance de communications téléphoniques ne doit rendre une ordonnance motivée que lorsqu'il s'agit de communica-

tions à venir et non de celles qui ont été échangées, même si ces dernières peuvent y être visées.

Cour de cassation, 6 avril 2005 – Réf. : PO50218F, www.cass.be, JC05462_2, 2005

Lorsque le moyen de preuve a été obtenu à l'étranger dans le cadre de l'instruction judiciaire par l'écoute et l'enregistrement d'une conversation téléphonique, le juge pénal doit examiner plus

spécialement si la loi étrangère autorise l'écoute et l'enregistrement et si cette loi est conforme à l'Article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

*Vidéo-surveillance***Cour de cassation, 2 mars 2005 – Réf. : PO41644F, www.cass.be, JC05322_7, 2005**

Ne viole pas l'Article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme l'arrêt qui décide qu'aucune ingérence de l'autorité publique dans le droit au respect de la vie privée ne saurait résulter de la

circonstance qu'un employeur a installé, dans son magasin, un dispositif de vidéo-conférence visant la caisse enregistreuse au moyen de laquelle un de ses employés commettrait des infractions à son préjudice.

Articles 8 et 10 de la Convention*Perquisitions au domicile d'un journaliste***Cour de cassation, 1^{er} décembre 2004 – Réf. : PO41305F, www.cass.be, JC04C12_3, 2005**

L'Article 10 § 2 de la Convention européenne des Droits de l'Homme autorise des limitations à la liberté d'expression si elles sont prévues par la loi, poursuivent un but légitime et 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 qu'encore

qu'elles soient 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 illicite.

Article 9 de la Convention*Organisation de la vie de la communauté religieuse***Cour d'arbitrage, 5 octobre 2005 – Réf. : 152/2005, www.arbitrage.be**

La participation à la vie d'une communauté religieuse est une expression de la conviction religieuse, qui bénéficie de la protection de la liberté de religion. Si l'organisation de la vie de la communauté religieuse n'était pas protégée par l'Article 9 de la Convention européenne des Droits de

l'Homme, tous les autres aspects de la liberté de religion de l'individu s'en trouveraient fragilisés. L'instauration d'une limite d'âge au-delà de laquelle la co-gestion des biens de la communauté n'est plus admise est une mesure disproportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur décréto.

Articles 9 et 11*Concerne:
Elections aux organes
du culte musulman***Cour d'arbitrage, 28 septembre 2005 – Réf. : 148/2005, www.arbitrage.be**

La création d'une commission chargée du renouvellement des organes du culte musulman a pour rôle de garantir le bon déroulement du scrutin et des opérations électorales qui l'encadrent. Eu égard à la nécessité de donner une légitimité à l'organe de représentation du culte musulman, qui est due à l'absence de toute structure hiérarchique au sein de ce culte et

à l'absence d'accord au sein de l'assemblée générale sur la manière dont son renouvellement devait se faire, le législateur a pu raisonnablement considérer que seule une élection générale et anticipée des membres de l'assemblée générale des musulmans de Belgique permettrait à ce culte de bénéficier d'un organe représentatif légitime qui puisse être l'interlocuteur de l'autorité.

Article 11 de la Convention

*Concerne:
Composition des
organes de décision au
sein des institutions
universitaires*

Cour d'arbitrage, 1^{er} mars 2005 – Réf. : 48/2005, www.arbitrage.be

Pour déterminer la portée de la liberté d'association, garantie par l'Article 27 de la Constitution, il convient d'avoir également égard à l'Article 11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Aux termes de cette disposition, l'exercice de la liberté d'association « ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

En disposant que les étudiants sont membres avec voix délibérative, à raison d'au moins 20 % des organes constitués au sein de chaque institution universitaire subventionnée par la Communauté française, la disposition contestée impose des obligations en ce qui concerne la compo-

sition de ces organes de décision. L'Article 24 § 4 de la Constitution, qui consacre le principe d'égalité et de non-discrimination en matière d'enseignement, ne saurait, toutefois, être invoqué pour justifier l'ingérence dans la liberté d'association. En effet, cette disposition impose au législateur décréteur de tenir compte de différences objectives justifiant un traitement approprié, parmi lesquelles les caractéristiques propres de chaque pouvoir organisateur. La participation étudiante n'est exigée que pour les sept matières énumérées à l'article 9 du Décret. Celles-ci ne touchent pas à la liberté de créer un établissement d'enseignement ; elles n'empêchent pas que les pouvoirs organisateurs fixent librement le caractère religieux ou philosophique de leur enseignement et leur projet pédagogique ou qu'ils en déterminent la tendance.

Article 12 de la Convention

*Concerne:
Appréciation de la
sincérité d'un mariage*

Cour d'appel de Bruxelles, 13 janvier 2005 – Réf. : 2003AR2834, *Revue du Droit des étrangers* n° 132, 2005, pp. 49-52

Un officier d'état-civil peut fonder sa conviction sur un ensemble d'éléments qui permettent de douter de la sincérité d'un mariage suspect. La compétence du juge n'est, cependant, pas limitée à un simple contrôle a posteriori de légalité. Il peut étendre son contrôle et fonder son apprécia-

tion sur l'ensemble des éléments portés à sa connaissance, étant donné que l'officier d'état-civil interfère dans l'exercice d'un droit fondamental garanti par la Convention européenne des Droits de l'Homme, à savoir le droit au mariage garanti par son Article 12.

Article 13 de la Convention

*Concerne:
Voie de recours contre
une décision de refus de
séjour*

Tribunal du travail de Mons, 12 mai 2005 – Réf. : 712403LL, www.cass.be, JS61476_2, 2005

Une demande de séjour exceptionnel, fondée sur l'Article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers ne constitue pas une voie de recours contre une décision de refus de séjour, voie de recours dont l'effectivité

devrait être assurée par une aide sociale jusqu'au jour de la décision. L'Article 13 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, qui vise à accorder un caractère effectif aux recours organisés par les Etats signataires, ne trouve donc pas à s'appliquer en l'espèce.

Article 14 de la Convention et Protocole n° 12

*Concerne:
Différence de rémuné-
ration*

Cour du travail de Bruxelles, 4 janvier 2005 – Réf. : 41.317, *Chroniques de Droit social*, n° 8, 2005, pp. 451-453

La différence de rémunération entre des employés de sexe différents engagés dans une fonction identique peut reposer sur

la durée et la nature de leurs expériences professionnelles respectives, critères étrangers au sexe.

Czech Republic/République tchèque

Article 5 of the Convention

*Concerns:
Impossibility for an
accused to be heard
during decision-
making on the legality
of his custody*

Constitutional Court, 22 March 2005 – Ref.: Sbírka zákonů České Republiky, 17 June 2005, No. 239/2005 Coll., Part 88, pp. 4816–4824, <http://www.mvcr.cz/sbirka/2005/sb088-05.pdf>

The Plenum of the Constitutional Court decided on a petition from Panel II of the Constitutional Court, which suspended proceedings on the constitutional complaint and proposed annulment of § 242 para. 2 of the Criminal Procedure Code. With reference to the case-law of the European Court of Human Rights in the matter of *A.B. v. Slovakia*, the applicant claimed, among other things, a violation of the principle of equal weapons, under which all parties to a dispute must have the same opportunity to speak and defend their rights, and none of them may have a substantial advantage against his opponent.

Under the existing legal framework a court decides on a complaint against a decision by a Public Prosecutor to keep an accused person in custody in a closed session. The panel members and a court recorder are present. Other persons are barred from participating in the closed session. The court is authorised to base its decision on the decision by the Public Prosecutor to extend custody, the defendant's complaint against that decision, and documents contained in the file. In the opinion of Panel II of the Constitutional Court, that framework did not comply with the above-mentioned right of the accused to a fair trial enshrined in the European Convention on Human Rights.

The Constitutional Court decided to annul the contested provision and stated that “under Article 5 § 4 of the Convention it is necessary that an accused be heard by a court before a decision is made concerning his complaint against a decision by the Public Prosecutor to extend custody.” The

Constitutional Court found, that “the possibility for the accused to be heard as indicated, as a party to the proceedings, before the court decides on a complaint against a Public Prosecutor's decision to keep the accused in custody is prevented in the existing legal order by § 242 para. 2 of the Criminal Procedure Code, which bars the accused (and anyone else) from participating in a closed session. Thus, the existing legal framework does not make it possible for an accused, once he has been taken into custody, to be heard during decision making on the legality of custody generally, and especially on continuing custody. In terms of the requirements placed on these kinds of proceedings by the Convention, the knowledge of the accused's opinion of the matter, as presented in written form in the complaint against the Public Prosecutor's decision appears absolutely inadequate. Hearing the parties before the court makes a decision is a substantial element of adversarial proceedings. The importance of the right to be heard, as an element of the public nature of court decision making, comes into the forefront especially in criminal proceedings, where the accused is in a *de facto* worse position as regards his opportunities and means, compared to the police body and Public Prosecutor's Office.” The Constitutional Court reached the conclusion that there was no constitutionally consistent interpretation of the ordinary law, and thus also of § 242 para. 2 of the Criminal Procedure Code, on this issue. This framework was inconsistent with the constitutional order.

Article 6 of the Convention

*Concerns:
Disciplinary fine
considered as a criminal
charge requiring
the guarantee of a fair
trial*

Constitutional Court, 30 September 2004 – Ref.: Sbírka zákonů České Republiky, 24 January 2005, No. 45/2005 Coll., Part 10, pp. 301–302, <http://www.mvcr.cz/sbirka/2005/sb010-05.pdf>

By decision of 10 March 2004 - file No. IV. ÚS 403/03 - Panel IV of the Constitutional Court (hereinafter referred to as

“the panel”) suspended proceedings in the matter of an individual constitutional complaint. Panel IV of the Constitutional Court

concluded that § 146 para 2 of the Criminal Procedure Code was in its essence unconstitutional, and that this unconstitutionality could not be eliminated merely by interpretation or relying on a constitutionally consistent interpretation of it. The decision to impose a disciplinary fine in the amount of CZK 20 000 (imposed on the complainant in this case) was, in view of its nature (financial penalty) and the seriousness of the impending consequence (a maximum fine of CZK 50 000), a decision on a criminal charge under Article 6 § 1 of the European Convention on Human Rights, even though the definition of the offence did not fall in the area of substantive criminal law, or the area of misdemeanours. The panel then concluded that in Article 36 §§ 1 and 2 of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms and Articles 6 § 1 and 13 of the Convention the plaintiff had a constitutionally guaranteed right to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law, regarding the grounds for a disciplinary penalty imposed on him. However, in this case the complaint deciding body was not a court, but a state prosecutor who supervised the preliminary proceedings (if the fine was imposed by a police body), or a superior state prosecutor. These complaint deciding bodies could not be considered to meet the criteria of an independent and impartial tribunal under Article 6 § 1 of the Convention. Thus, § 146 of the Criminal Procedure Code did not guarantee persons thus penalized an opportunity to exercise

the constitutional procedural right to judicial protection enshrined in Article 6 § 1 of the Convention.

The Constitutional Court decided to annul the contested provision. It stated that disciplinary fines were a penalty for an offence, set by law, and intended as a preventive and also repressive measure by the state authority. They could be imposed in a discretionary way, so that a possible discriminatory effect on various subjects was not ruled out. Thus, they were generally decisions on a criminal charge under Article 6 § 1 of the Convention. A person affected by a disciplinary fine must have at his disposal the constitutional procedural guarantees required in Article 6 § 1 of the Convention. Therefore, the plenum of the Constitutional Court accepted the foregoing opinion of Panel IV, that, in terms of the existence of effective procedural guarantees or remedy, the wording of § 146 para. 2 of the Criminal Procedure Code suffered from a constitutional defect, which consisted of the lack of a legal framework which met the requirements of Article 6 § 1 of the Convention in relation to persons who had received a disciplinary fine under § 66 of the Criminal Procedure Code in preliminary proceedings by a police body or state prosecutor. The Constitutional Court decided that § 146 para. 2 of the Criminal Procedure Code did not guarantee the ability to exercise the constitutional procedural right to judicial protection enshrined in Article 6 § 1 of the Convention.

*Concerns:
Prohibition of judicial
review against the
Collegium in the
department of classi-
fied information at the
Public Prosecutor's
Office*

Constitutional Court, 26 April 2005 – Ref.: Sbírka zákonů České Republiky, 6 June 2005, No. 220/2005 Coll., Part 79, pp. 4030-4047, <http://www.mvcr.cz/sbirka/2005/sb079-05.pdf>

The Regional Court in Brno requested in its petition the annulment of § 77k. para. 6 of Act No. 148/1998 Coll., on Protection of Classified Information (hereinafter referred to as the “APCI”), because, while deciding the matter of a complaint against the Collegium in the department of protection of classified information at the Supreme Public Prosecutor’s Office (hereinafter referred to as the “Collegium”), it concluded that the provision in question was inconsistent with the constitutional order of the Czech Republic. The essence of the Regional Court’s petition were its doubts about the Collegium, as an independent, impartial tribunal, capable of conducting a fair trial under Article 6 § 1 of the European Convention on Human Rights and Article

36 para. 2 of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms.

The Collegium rules on appeals against decisions of the director of the National Security Office (the “NSO”), of the Minister of the Interior, the Director of the Intelligence Service, or the President of the Police (§ 77a. of the APCI), decisions on complaints from persons undergoing security clearances about non-issuance (or termination of validity) of a clearance or certification (§§ 75 and 76 and their para. 1, 2 and 5 of the APCI) on meeting conditions permitting access to classified information of a given classification level. Under § 77k. para. 6 of the APCI a final decision of the Collegium is not subject to judicial review.

The Constitutional Court decided to annul the contested provision. It stated that according to its case-law, the public interest in preserving secrecy could not, in review of a decision which had the direct consequence of limiting the opportunity to practice a particular profession, be grounds for excluding that decision from application of Articles 36 para. 2 of the Charter and 6 § 1 of the Convention. From a formal viewpoint, a Collegium decision was *prima facie* not a judicial decision. The Constitutional Court recalled that the Public Prosecutor's Office was constitutionally classified with the executive power (Article 80 of the Constitution) and it was constitutionally established to represent criminal complaints. It was also found that "the Collegium does not meet the requirements for a substantively understood court as foreseen in Article 36 para. 2 of the Charter. Collegium members do not have institutionally created conditions for the appropriate distance from bodies of executive power. The decision-making freedom of Collegium members is not supported by the same crim-

inal law protection as was the case with judges (§ 169a. of the Criminal Code)." Thus, the Constitutional Court found that the regulation violated the constitutional principles of legal certainty and foreseeability of law. The prohibition of judicial review provided by § 77k. para. 6 of the Act on Protection of Classified Information was inconsistent with the constitutional order, because it conflicted with the constitutionally guaranteed right to judicial protection (Article 36 para. 2 of the Charter) and also conflicted with the principles of legal certainty and foreseeability of law. The Constitutional Court added that "[...] even the unique aspects of protection of classified information can not lead to a conscious resignation of constitutional protection of the rights of the persons subject to clearance. [...] the legislature must guarantee, in this case too, review of administrative decisions by an independent judicial body, although a non-ordinary type of proceedings which will sufficiently differentiate individual cases can not be ruled out."

Article 1 of Protocol No. 1

*Concerns:
Concurrence of restitu-
tion and general laws*

Constitutional Court, 1 November 2005 – Ref.: Sbírka zákonů České Republiky, 7 December 2005, No. 477/2005 Coll., Part 166, pp. 8855-8864, <http://www.mvcr.cz/sbirka/2005/sb166-05.pdf>

Panel II of the Constitutional Court (hereinafter referred to as "the panel"), deciding on an individual constitutional complaint, came to the decision that its legal opinion in the case, concerning the concurrence of restitution and general laws, differed from the legal opinion held in previous decisions of the Constitutional Court. According to § 23 of Act No. 182/1993 Coll., on the Constitutional Court, the panel submitted that issue to the Plenum for consideration.

The Plenum of the Constitutional Court adopted a declaratory judgment, according to which the allegation of an owner's right, especially of such that must be recorded in the Land Register, did not, in case the petitioner lacked legitimate expectation, accomplish the preventive function of the action under § 80c. of the Code of Civil Procedure, and thus the exigent legal request to submit such action was not given. It was not possible to circumvent the meaning and purpose of restitution legislation by bringing an action to determine owners' rights. It was also impossible to seek protection under general laws if the owner's rights had ceased to exist before 25 February 1948 and

a special restitution law did not set a way of moderation or reformation of that property loss. In the reasoning of this decision, the Constitutional Court stated, among else, that the restitution laws, in the main, legalized the ownership of the state to the property, regardless of the title to the passage of such property onto the state. At the same time, that legal regulation excluded the possibility to claim owners' rights under general laws, as the restitution laws had the character of special legal regulation. The main restitution law, i.e. the Act on Non-judicial Rehabilitation, in its preamble explicitly excluded from restitution the property, which had devolved upon the state before the relevant period (i.e. before 25 February 1948). Providing protection to an alleged owner's right, which had ceased to exist almost sixty years before would violate the legal certainty of those who had acquired title to the property from the state or a previous owner within that period. The Constitutional Court also emphasized that the case was not one of expropriation. The possibility to claim protection of rights had expired due to passage of time.

Denmark/Danemark

Articles 3, 8 and 14 of the Convention

Concerns:

Alien having established his family life in Denmark after he had received a sentence of deportation

Supreme Court, 19 August 2005 – Ref.: U.2005.3184 H, Danish Weekly Law Reports

A., who was a stateless Palestinian born in Israel, came to Denmark in 1988 and received a residence permit pursuant to his marriage to a Danish woman. After the couple separated the residence permit of A. was not extended. In year 1992 he was convicted for homicide and placed in detention in a high security facility and also sentenced to expulsion after having served his sentence. In 1994 A. was engaged to a Danish woman with whom he also lived with when he had off-grounds privilege. A. requested the abolishment of his deportation with reference to the Aliens Act Section 50, the request was rejected by the Ministry for Refugees, Aliens and Integration. The Supreme Court

stated that there was a lack of legislative regulation in the former Aliens Act Section 10, (2) (ii) (§ 10, stk.2, 2. pkt) to give A. a residence permit in Denmark in reference to the Aliens Act Section 9, (2) (IV) (§ 9, stk.2, nr. 4) as A. did leave Denmark for two years. The Supreme Court determined furthermore that denial of the residence permit was not contrary to Articles 3, 8, and 14 of the Convention. The Supreme Court attached importance to the seriousness of the crimes committed by A. and to the fact that he established his family life in Denmark after he had received his sentence of deportation.

Article 5 of the Convention

Concerns:

Alien sent back to Denmark after having arrived illegally in another country

Eastern High Court, 30 September 2004 – Ref.: U.2005.141 O, Danish Weekly Law Reports

U., who was an Iranian citizen, came to Denmark in 2000 and applied for asylum. His application was rejected and he left the country in June 2002. On 24 January 2003, pursuant to the Dublin Convention, U. was sent back from Sweden where he had arrived illegally. The same day he was imprisoned under the Aliens Act Section 36 (1). U. had since then been imprisoned after this provision and from September 2003 also with reference to the Aliens Act Section 36 (5) as he failed to apply for the necessary travel documents, with the result

that Iran would not receive him. According to the High Court the authorities were obliged to bring an end to the imprisonment when they realised that discharge is not possible pursuant to Article 5 § 1f. of the Convention.

U. was released because there was no reason to assume that the imprisonment would encourage him to contribute to his return to his country of origin and due to the fact that he had been imprisoned for twenty months.

Article 6 of the Convention

Concerns:

Impossibility of completing a trial within the time determined

Eastern High Court, 17 December 2004 – Ref.: U.2005.1127 O, Danish Weekly Law Reports

Fifteen days were set aside (1 October-25 November) for a trial in a criminal case at a District court where four people were accused. Two of the accused were remanded. It was not possible to complete the trial within the determined time and therefore it was necessary to appoint an additional three days to complete the trial. One of the defence attorneys F. was not able to offer free days before 28 April 2005, despite the fact that the district court appointed two Saturdays (22 and 29 November). F. did not

have the opportunity to renounce from the appointment as the production of evidence was completed and it would therefore be impossible for a new attorney to plead the case. F. found this course of events a violation of the rights of her client pursuant to Article 6 § 3.b.c. of the European Convention on Human Rights. The High Court subscribed to the statement of the District Court. According to the High Court it must be taken into consideration that two of the accused were remanded. Furthermore, the

High Court did not find that F. had proved that the lack of possible participation was due to legal defection.

*Concerns:
Prison visiting hours
for the defence attor-
neys*

Eastern High Court, 13 December 2004 – Ref.: U.2005.1118 O, Danish Weekly Law Reports

Continuing remanding prison with limited visiting hours for the defence attor-

neys was not contrary to Article 6 § 3b. of the European Convention on Human Rights.

*Concerns:
Attorney of an accused
having been previously
counsel for the
defendant*

Western High Court, 1 October 2004 – Ref.: U.2005.403 V, Danish Weekly Law Reports

The attorney of the accused A. had in another criminal case been counsel for the defendant F. who in the present case against T. was the injured party. The interests of F. were contrary to the interests of T. (cf. the

Administration of Justice Act Section 734 (1)). A. could regardless of Article 6 of the European Convention on Human Rights not be assigned as counsel to the accused T.

*Concerns:
Foreign prisoners
sentenced to be
deported*

Supreme Court, 15 March 2005 – Ref.: U.2005.1766 H, Danish Weekly Law Reports

T1 and T2, who were Turkish citizens, were sentenced with eight and ten years imprisonment among other things for homicide committed by perpetrators which were under the age of 18 years. One of the accused was also sentenced for crimes that

he committed at the age of 19 years. Both accused were sentenced to be deported, the Supreme Court did not find the deportation contrary to Article 6 of the European Convention on Human Rights.

*Concerns:
Grounds for compensa-
tion*

Supreme Court, 5 November 2004 – Ref.: U.2005.523 H, Danish Weekly Law Reports

A municipality had no liability to pay damages to a citizen who after a long process of a building licence case had contacted a mental strain syndrome. There was

no grounds for compensation for injury to his feelings or reputation according to Article 6 § 1 of the European Convention on Human Rights.

*Concerns:
Scope of defence attor-
neys' right to access to
documents*

Supreme Court, 28 October 2004 – Ref.: U.2005.383 H, Danish Weekly Law Reports

The defence attorney in a case on sexual offence requested the handing over of investigation material such as police reports and interviews on video, etc., in another case. The Supreme Court noticed that pursuant to the explanatory notes of the Administration of Justice Act Section 729.a. (3) and Article 6 of the European Convention on Human Rights, the defence attorneys' right to

access to documents consists of all material which is of importance for the case whether or not it is produced for use in the case in question. However, the Supreme Court stated that the documents the attorney wanted handed over had no importance for the defence of his client and he was therefore denied access to these documents.

Article 8 of the Convention

*Concerns:
Foreign prisoners
sentenced to be
deported*

Supreme Court, 13 January 2005 – Ref.: U.2005.1197 H, Danish Weekly Law Reports

An Iraqi citizen T. was sentenced to thirteen years' imprisonment in 1996 for homicide and attempted homicide, and sentenced to permanent deportation. In 2003 he was released on parole on the assumption that the deportation would be carried out. He was therefore immediately remanded with a view to deporting him pursuant to the Aliens Act Section 35 (1) (1). But T. did not voluntarily wish to depart to Iraq and forced deportation was not possible because of the

situation in Iraq. The defence attorney pointed out that continuing remand under these circumstances would be a violation of Article 8 § 1 of the European Convention on Human Rights. The Supreme Court stated that the conditions for continuing remand were fulfilled regardless of the fact that the possibility of forced deportation was uncertain and that T. had been imprisoned since July 2003.

Western High Court, 28 February 2005 – Ref.: U.2005.1657 V, Danish Weekly Law Reports

The European Court of Human Rights stated on 11 July 2002 that the deportation

of E. as affirmed in a judgment of 1 October 1997 was a violation of Article 8 of the

European Convention on Human Rights. E. was subsequently acquitted for the decision on deportation. E. who was sentenced to three years' imprisonment on 1 October 1997 should have been paroled on 20 December 1998, but was remanded on 17 December 1997 with the intention of

deporting him pursuant to the Aliens Act Section 35. He subsequently demanded a compensation for the unjustified time spent in custody on remand. The courts found that he was entitled to a claim for compensation for the period he had been remanded.

Western High Court, 11 April 2005 – Ref.: U.2005.2283 V, Danish Weekly Law Reports

T., who was born in 1997, was found guilty in violation of the Penal Code in relation to narcotics and sentenced to one year and six months' imprisonment. T. was ten years old when he came to Denmark and had since then lived here and had attended school in Denmark. His mother and siblings also lived in Denmark and T. had no family

or other connection to his native country. The High Court stated that T. had such a strong attachment to Denmark that the deportation pursuant to the Aliens Act Section 22 (4) would be contrary to Article 8 of the European Convention on Human Rights.

Supreme Court, 8 June 2005 – Ref.: U.2005.2747 H, Danish Weekly Law Reports

T. was found guilty of four robberies in pursuance of the Criminal Code Section 288 (1) (1). The proceeds of the robberies were modest. T. has previous convictions. He was an Iranian citizen and came to Denmark in 1986. He was unmarried, had no children and had been mainly unemployed since he

came to Denmark. His parents and siblings lived in Iran. He was sentenced to a term of imprisonment of three years and six months and was deported permanently. The deportation was not found contrary to the principle of proportionality in Article 8 of the European Convention on Human Rights.

Articles 8 and 14 of the Convention

*Concerns:
Denial of residence permit*

Supreme Court, 13 April 2005 – Ref.: U.2086 H, Danish Weekly Law Reports

M., who was a Nigerian citizen, came to Denmark in 1994 and received a residence permit in 1996 pursuant to his marriage to a Norwegian woman K. who lived in Denmark. In 1998 M. received a permanent residence permit. After his divorce from K., he re-married a Nigerian citizen H. with whom he had three children. H. applied for a residence permit twice in 2000 and 2001 and was met with a refusal both times.

Subsequently M. and H. brought an action against the Ministry of Integration. The Supreme Court stated that there was no basis to disregard the estimate, which by law was entrusted to the Alien authorities. Furthermore, the Supreme Court determined that denial of the residence permit was not contrary to Articles 8 and 14 of the European Convention on Human Rights.

Article 9 of the Convention

*Concerns:
Prohibition of headgear*

Supreme Court, 21 January 2005 – Ref.: U.2005.1265 H, Danish Weekly Law Reports

Dismissal of a woman for wearing a headscarf for religious reasons against regulations on partial uniformity was not found as unlawful differential treatment. According to the case-law of the European Court of

Human Rights, the maintenance of the prohibition against headgear was not considered as contrary to Article 9 of the European Convention on Human Rights.

Article 10 of the Convention

*Concerns:
Violation of police regulation by a journalist covering a demonstration*

Eastern High Court, 22 December 2004 – Ref.: U.2005.1145 O, Danish Weekly Law Reports

A journalist had violated the police regulation as she was covering a demonstration. She was fined 400 DKK. There was no

exemption of punishment pursuant to Article 10 of the European Convention on Human Rights.

Article 11 of the Convention

Concerns:

Insufficient access to resignation from a labour union

Eastern High Court, 25 February 2005 – Ref.: U.2005.1677 O, Danish Weekly Law Reports

A clause on insufficient access to resignation from a labour union was set aside for unfairness of its terms pursuant to Section 36 of the Act on Contracts. According to the High Court great caution must be shown

when deciding if a certain conduct is contrary to the protection of the negative freedom of association in Article 11 of the European Convention on Human Rights.

Finland/Finlande

Article 5 of the Convention

Concerns:

Compensation for deprivation of liberty based on an order to bring a person before a court where the charges are dismissed

Supreme Court, 8 December 2005 – Ref.: Decisions of the Supreme Court, 2005, Report No. 3021, S2003/842, KKO 2005:128, vol. II, pp. 924-929

On the basis of the Criminal Procedure Act, the court of first instance had ordered that A., a defendant in a criminal matter, be present at the court hearing. On that occasion, A. was deprived of his liberty for three days. The charges against A. were later dismissed. The question was whether A. was entitled to compensation for the deprivation of his liberty. The Supreme Court noted that while the Act on Compensation from State Funds for the Arrest or Detention of an Innocent Person explicitly refers to cases of arrest or detention on the basis of the Coercive Measures Act, in case law the provisions have been interpreted expansively to apply also in situations comparable to arrest or detention. The Supreme Court thus argued that the Act was applicable to deprivation of liberty based on an order to bring a person before a court in cases where the charges are dismissed. However, according to the Act a person is not entitled to compensation if he or she has tried to escape or avoid pre-trial investigation or trial. In this case, A. had been involved in several criminal matters and a warrant for his apprehension had been issued on fifteen previous occasions. The court of first instance had

therefore had weighty reasons to believe that A. would fail to appear in court. In the Supreme Court's view, the order to fetch A. to the hearing had thus been justified, and it can be held that A. had himself contributed to the deprivation of his liberty. The Court concluded that A. was not entitled to compensation, despite the fact that the charges against him had been dismissed.

Five concurring justices argued for a literal interpretation of the Act on Compensation from State Funds. The Act was not applicable in A.'s case and he was thus not entitled to compensation. The justices also referred to Article 5 of the European Convention on Human Rights and Article 9 of the CCPR and pointed out that a person is entitled to compensation on the basis of the human rights provisions, if the deprivation of that person's liberty has been illegal or based on legislation which is in violation of the European Convention on Human Rights or the CCPR. The order to fetch A. to the hearing and the deprivation of his liberty were based on the law. The human rights provisions did not require an expansive interpretation of the Act on Compensation in this case.

Article 6 of the Convention

Concerns:

Arbitrators' liability

Supreme Court, 31 January 2005 – Ref.: Decisions of the Supreme Court, 2005, Report No. 0152, S2003/993, KKO 2005:14, vol. I, pp. 76-92

The Court of Appeal had set aside an arbitral award on the grounds that there were justifiable doubts as to the impartiality of the chairman of the arbitrators, X. A party to the arbitration proceedings, A., sued X.

for damages caused by the setting aside of the arbitral award. The court of first instance and the court of appeal ruled that X. was not liable, but the Supreme Court took a different view.

According to Section 9 of the Arbitration Act, a person who is to be appointed as an arbitrator shall immediately disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality and independence. The provision offers the parties to an arbitration the possibility to review matters which may cause an arbitrator to be disqualified. Under Section 10, an arbitrator may be challenged by a party, if the arbitrator had been disqualified to handle the matter as a judge, or if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality and independence. In the opinion of the Supreme Court, these provisions correspond to the requirements concerning the impartiality of judges set in Article 6 of the Convention and in the case-law of the European Court of Human Rights, covering both subjective and objective impartiality.

The Arbitration Act does not include provisions on liability for damage. The lower courts had decided the case on the basis of the Tort Liability Act, whereas the Supreme Court ruled that the question of an arbitrator's liability was to be resolved on the basis of principles applicable to contractual relations. In the Supreme Court's view, an arbitrator may be liable to pay damages in exceptional cases only. In this way it is

possible to guarantee the independence of arbitrators and to prevent any efforts to influence their decision. On the other hand, the fact that the arbitral award is final underlines the requirements set for the independence and thoroughness of the arbitrators. Therefore, neglect or clear procedural faults must be coupled with liability for damage.

In this case, two banks had intervened in the arbitration proceedings on behalf of A.'s adverse party, Company B., and in fact one of the banks held the entire share capital of Company B. During the proceedings, X. had given several expert opinions to both banks albeit in matters not directly related to the arbitration in question. For his expertise X. had received a considerable compensation from the banks. X. had not brought these circumstances to A.'s knowledge. In the Supreme Court's view, X. should have understood that his actions would give A. justifiable grounds to doubt X.'s impartiality and independence. X. had thus neglected his duty to inform the parties under Section 9 of the Arbitration Act. The Supreme Court ruled that X. was liable for the possible damage caused to A. The case was returned to the court of first instance in order for the lower court to consider the amount of possible damages.

*Concerns:
Compensation for
economic loss caused
by the suspension of a
driving licence*

Supreme Court, 25 May 2005 – Ref.: Decisions of the Supreme Court, 2005, Report No. 1327, S2003/983, KKO 2005:66, vol. I, pp. 477-481

A.'s driving licence was temporarily suspended because she was suspected of having been under the influence of narcotics when driving a car. The suspension took in fact close to four years, owing to the fact that the pre-trial investigation in the matter was not completed within a reasonable time. A. had a temporary driver's licence only, valid for two years. She had completed the first part of her training in driving school and, in order to obtain a permanent driver's licence, she was to take a second training session before the temporary licence expired. Because of the suspension, she was not able to do so, and was eventually obliged to start her training from the beginning. A. sued the state for damages demanding compensation for economic loss, including both the driving school costs and the inconvenience caused by the fact that she was not allowed to use her car for several years.

Under the Tort Liability Act, a public corporation is liable for damage caused through an error or negligence in the exercise of public authority, if the performance

of the activity or task, in view of its nature and purpose, has not met the reasonable requirements set for it. In such cases, damages shall not only constitute compensation for personal injury or damage to property but also compensation for economic loss. In this case, it was undisputed that A. was entitled to damages because of the excessive length of the pre-trial investigation and of the suspension of her driver's licence. The question was rather what kind of economic loss should be covered. The court of first instance ruled that A. was entitled to damages from the state for the costs caused by her having to retake her courses in driving school, but rejected A.'s other claims as being without a foundation in law. The Court of Appeal held that the length of the pre-trial investigation and of the suspension of A.'s driver's licence were unreasonable and in violation of Article 6 § 1 of the Convention. In view of the case-law of the European Court of Human Rights, the state was therefore liable to pay damages also for the inconvenience caused by the suspension of

the driver's licence. The Supreme Court agreed with the Court of Appeal, but based its decision on the Tort Liability Act only, without any reference to the European Convention on Human Rights. It held that obtaining a driver's licence requires an investment, and losing the right to drive had in this case prevented A. from making use

of that investment. It had been difficult for A. to move around and run her errands without her own car, and it may also have caused her difficulties in finding a job. The Supreme Court concluded that A. was entitled to damages from the state also regarding the inconvenience caused by the suspension of her driver's licence.

*Concerns:
Prostitute's claim for
damages for loss of
income during deten-
tion*

Supreme Court, 13 June 2005 – Ref.: Decisions of the Supreme Court, 2005, Report No. 1469, S2003/294, KKO 2005:72, vol. I, pp. 507-513

A. had been detained for fifty-one days in connection with the investigation of an extensive case of pandering. No charges were brought against A. and she was released. A. made her living as a prostitute. She claimed damages from the state for loss of income during the time in detention. On the basis of Chapter 5, Section 6-2 of the Code of Judicial Procedure, all three court instances refrained from issuing a summons and dismissed the claim as being manifestly unfounded.

In its decision, the Supreme Court acknowledged that, in Finland, prostitution is not prohibited or made punishable by law, whereas pandering is. Although everyone has a constitutional right to earn his or her livelihood by the employment, occupation or commercial activity of his or her choice, A.'s activities were under Finnish legal order regarded as being against public decency, in particular because of their apparent link to pandering as admitted by A. herself. Contracts which are against the law or public decency are generally held as invalid, and therefore A. could not have claimed her fees from her customers through legal proceedings. Consequently, her claim for damages from the state could not be protected by law. The Supreme Court concluded that A.'s claim was manifestly unfounded and could be dismissed.

The decision was made by a vote. Two concurring justices referred to the constitutional right to choose an occupation and to the case-law of the European Court of Justice (Case C-268/99 Aldona Malgorzata Jany and Others). Prostitution may be regarded as an economic or business activity pursued in a self-employed capacity, provided however that it is based on genuine voluntariness and independence, outside any relationship of subordination or pandering. On the basis of A.'s claim it could be concluded that her activities were linked with a more extensive case of pandering. A.'s prostitution could therefore not be regarded as an economic activity pursued in a self-employed capacity, and her claim for damages could be dismissed as being manifestly unfounded.

One dissenting justice found that the case was concerning fundamental rights (the right to choose an occupation, the right to personal liberty, access to court and the right to receive a reasoned decision). A.'s claim was based on the law, and it was genuine and serious. Moreover, in Finnish legal praxis, a prostitute's income has been considered as taxable income. The dissenting justice concluded that, on these grounds, A.'s claim was not manifestly unfounded and should therefore not have been dismissed.

*Concerns:
Evidence obtained
through legitimate tele-
communications inter-
ception but not
pertaining to the
offence for which the
interception was
granted*

Kouvola Court of Appeal, 23 September 2004 – Ref.: Report No. R04/493, KouHO 2004:5, <http://finlex.fi>

The defendants A., B. and C. argued before the Court of Appeal that the recordings of A.'s telephone conversations, which had been received through telecommunications interception authorised by a court on account of A. being suspected of an aggravated narcotics offence, could not be used as evidence in certain other counts in the indictment which did not concern the suspected narcotics offence.

The Court of Appeal ruled that the Coercive Measures Act does not explicitly prohibit the use of extraneous information

which has been obtained through legitimate telecommunications interception but does not pertain to the offence for which the authorisation to listen and record telecommunications was granted. A court may on a case-by-case basis consider the admissibility of such evidence, taking into account the values and goals protected by declaring the evidence inadmissible, the requirements of a fair trial, the significance of the evidence as well as the pursuit of finding out the substantive truth. The Court of Appeal referred to the case law of the European Court of

Human Rights, mentioning the Schenk case as an example (judgment of 12 July 1988, Publications of the European Court of Human Rights, Series A, vol. 140). It found that the Court's case law left open the question as to the admissibility of unlawfully obtained evidence in a criminal procedure. The decisive factor has been that the trial as a whole is fair. In this case, the recording of the telemessages had been authorised by a court. Although it had not been demanded that A. should be convicted for an aggravated narcotics offence, the other counts in

the indictment concerned serious offences which were connected with the suspected aggravated narcotics offence. The recordings were not the only evidence in support of these other counts in the indictment, their authenticity had not been challenged, they did not involve third parties and, moreover, A. had himself referred to the recordings as his own evidence. The Court of Appeal rejected the claim and admitted the recordings as evidence. The Supreme Court did not grant leave to appeal in the case (Decision No. 1068 of 27 April 2005).

*Concerns:
Court's impartiality*

Helsinki Court of Appeal, 14 September 2005 – Ref.: Report No. 2920, RO5/2634, HelHO 2005:08, <http://www.finlex.fi>

A., B. and C. had been charged with narcotics offences. B. and C. were convicted in May 2005, but A. could not be summoned to court at that time. Therefore, his trial was held separately, in August 2005. The court of first instance convicted A. who appealed against the decision. He also filed an extraordinary appeal due to a procedural error requesting a retrial before an impartial first instance court. With a general reference to the case law of the European Court of Human Rights, A. claimed that judge X., who had handled his case in the first instance court, had a prejudice on his matter because X. had been the chairman of the court in the earlier trial against B. and C. and had thus already formed his opinion on A.'s guilt.

On the extraordinary appeal, the Court of Appeal ruled that the decision in the case

against B. and C. did not contain any statements defining in advance and in a binding manner whether A. was guilty as charged. It had not been shown that judge X. would not be able to assess objectively any evidence presented on A.'s behalf and that A. therefore would not have a genuine possibility to contribute to the outcome of the case against him. The Court of Appeal concluded that there was no cause to doubt X.'s subjective or objective impartiality in the case against A. The court also noted that both A. as well as B. and C. had appealed against their convictions. The Court of Appeal had already decided to hold a main hearing in both cases, and it was possible to hold a joint hearing in which the evidence presented in both cases could be assessed with respect to all three defendants at the same time. The decision is final.

*Concerns:
Right not to give
evidence against
oneself*

Helsinki Court of Appeal, 26 October 2005 – Ref.: Report No. 3458, RO03/80

In a case concerning economic offences the defendant X. claimed before the court of first instance that he had a right not to give evidence against himself, as prescribed in Article 14-3-g of the CCPR and in case-law under Article 6 of the European Convention on Human Rights. He had thus no duty to give information about his property in an execution. The court of first instance held that execution proceedings are not a part of a criminal procedure against the debtor but a way of establishing the debtor's financial situation in order to inform the

creditors. In execution proceedings, a debtor is not charged with a criminal offence in the sense prescribed in Article 6 of the Convention and is thus not covered by the protection provided for by that Article (Helsinki court of first instance, decision No. 02/12731 of 27 November 2002).

X. no longer referred to his right not to incriminate himself before the Court of Appeal. The decision of the Court of Appeal in the case is final. The Supreme Court did not grant leave to appeal in the case (Decision No. 544 of 9 March 2006).

*Concerns:
Judge and a party
being members of the
same Freemason lodge*

Court of Appeal of Eastern Finland, 14 June 2005 – Ref.: Report No. 696, RO3/1491, ISHO 2005:10, <http://www.finlex.fi>

The court of first instance had sentenced A. and B. to imprisonment for aggravated embezzlement and for concealment of illegally obtained goods, respectively. They were also ordered to pay considerable damages to

the adverse party, a company which was represented in the trial by a member of its board of directors, Y. In A.'s case the damages amounted to close to €156 000 and in B.'s case to some €90 000. Both A. and B.

appealed against the decision. In his appeal, B. claimed, among other things, that the chairman of the first instance court, judge X., should have been disqualified. X. and Y. were both Freemasons and members of the same lodge, and therefore X.'s impartiality in this matter was in doubt.

The Court of Appeal discussed the disqualification of judges and the relevant provisions in the Code of Judicial Procedure against the background of the constitutional provisions concerning protection under the law and the independence of courts of law as well as Article 6 of the European Convention on Human Rights and the interpretation of that Article in the case law of the European Court of Human Rights, paying particular attention to the notions of subjective and objective impartiality. In interpreting the provisions on the disqualification of judges on the grounds of the nature of the

relationship between the judge and a party to the matter, the Court of Appeal held that, in some cases, there may be reason to doubt the impartiality of a judge when the judge and a party to the matter take part in the activities of the same society, in particular if that society is characterised by the binding nature of its goals and loyalty between its members. Taking into account the seriousness of this particular case and the considerable amount of damages the defendants had been ordered to pay, the Court of Appeal ruled that under the circumstances B.'s fears about X.'s impartiality were objectively justified. The case was returned to the court of first instance as regards both defendants because of the coherence of the offences allegedly committed by A. and B., though A. had not expressly challenged X.'s impartiality. The decision is final.

*Concerns:
Date of calculation of
an applicant's means to
decide upon granting
him free legal aid*

Court of Appeal of Eastern Finland, 1 September 2005 – Ref.: Report No. 1000, HO5/812, ISHO 2005:10, <http://www.finlex.fi>

X. had applied for legal aid in a criminal case in which he had been convicted by the court of first instance. X. contested the charges and the evidence against him and intended to bring the matter before a Court of Appeal. A state legal aid office granted him legal aid against a deductible, that is, he should pay 55% of the attorney's fee. X. appealed against this decision to a court of first instance and requested that he be granted free legal aid. A day before the decision of the legal aid office, X. had been laid off and had thus no regular income. He also had debts and had been found insolvent in the execution.

The decision of the legal aid office was based on the provisions of the Legal Aid Act and the Legal Aid Decree on means-testing and calculation of the applicant's available means, taking into account the applicant's monthly income, necessary expenses, assets and liabilities. On the basis of this calculation, X. could be granted legal aid against a deductible but not for free. On X.'s appeal the court of first instance found that consid-

ering X.'s income before he was laid off there were no grounds to grant him free legal aid. X. appealed further, to a Court of Appeal which found that in order to guarantee X. a due process in the criminal case against him it had been necessary for him to have recourse to legal assistance before the first instance court and that X. would not be able to defend himself before a Court of Appeal without the assistance of an attorney. Considering X.'s current financial circumstances the court held that X. was not capable of paying a percentage of the attorney's fee as calculated by the legal aid office. The court referred to Article 6 §3.c. of the European Convention on Human Rights and Article 14-3-d of the CCPR (concerning legal assistance) and found that in this case the human rights treaty provisions prevail over the provisions concerning means-testing in the Legal Aid Act and Decree. The court concluded that X was entitled to legal aid for free. The decision is final.

*Concerns:
Use of offensive
language by a
policeman when
capturing two persons
on suspicion of theft*

Court of Appeal of Eastern Finland, 8 December 2005 – Ref.: Report No. 1428, RO5/792, ISHO 2005:24, <http://www.finlex.fi>

A., who was a policeman, had captured B. and C. on suspicion of theft. B. and C. brought charges against A. for having violated his official duty because A. had used offensive language when capturing them. The court of first instance found that when calling B. and C. "thieves", A. had violated

the presumption of innocence as prescribed in the Criminal Investigations Act and the European Convention on Human Rights. Considering that A. had also used bad language, the court held that his behaviour was improper and violated B.'s and C.'s dignity and fundamental rights. According to the

Penal Code, a violation of official duty is punishable only in cases where the act, when assessed as a whole and taking into consideration its detrimental effect and the other circumstances connected with the act, is not petty. In this case, A. had been alone, it was dark and he had reason to believe that B. and C. were carrying a blunt weapon. The court held that, under such stressful circumstances, A. had not been able to fully consider the use of appropriate language. The court also referred to earlier practice in cases where a state official had used inappropriate language and noted that in such cases the officials had at most been given an

admonition and there had been no need for prosecution. The court concluded that when assessed as a whole and taking into consideration all the circumstances, A.'s act was petty. The charges against A. were therefore dismissed.

The Court of Appeal agreed with the first instance court. One member of the Appeal Court would have sentenced A. to a fine, mainly because A. had continued to call B. and C. "thieves" after the police patrol, who had been called in to assist A., had arrived and the situation had calmed down.

Articles 6 and 13 of the Convention

*Concerns:
Excessive length of
proceedings*

Supreme Court, 15 June 2005 – Ref.: Decisions of the Supreme Court, 2005, Report No. 1475, S2005/46, KKO 2005:73, vol. I, pp. 513-521

A. and B. had been sentenced to eighteen months' imprisonment for tax fraud and an accounting offence committed in 1993-1995. The pre-trial investigation began in 1995, proceedings before the court of first instance were initiated in 2001, and the court rendered its decision in 2002. A. and B. appealed against the decision to a Court of Appeal and further to the Supreme Court. They claimed, among other things, that their sentences should be reduced or made conditional because of the excessive length of the proceedings. By its decision given in 2004, the Court of Appeal reduced the sentences to sixteen months on the grounds that A. and B. had compensated the damage caused by their criminal acts. The appeal court did not refer to the length of proceedings as a mitigating factor.

The Supreme Court found that the crimes committed by A. and B. were typical economic offences and the matter was not especially complex or exceptionally extensive. A. and B. had not contributed to the delay in the pre-trial investigation and the court proceedings. As a whole, the case had been pending for an exceptionally long time (close to ten years). The Supreme Court ruled that the length of the proceedings was in violation of the right to a fair trial within a reasonable time as prescribed in Section 21 of the Constitution Act and Article 6 of the

European Convention on Human Rights. Therefore, A. and B. were entitled to redress which could be afforded by reducing the sentences from what they normally would have been. In the Supreme Court's view, the punishment meted out by the court of appeal was reasonable on the grounds cited by the Appeal Court. However, the Supreme Court also took into account the length of the proceedings and paid specific attention to the preventive and retributive effect of punishment under the circumstances. It concluded that an equitable punishment in this case was ten months' imprisonment for each defendant. Due to the fact that the sentence of imprisonment in corresponding cases of economic offences has in general been unconditional, the Supreme Court found no justifiable reason to mitigate the sentence of each defendant to a conditional one.

In discussing the issue of reasonable length of proceedings, the Supreme Court referred to the decisions of the European Court of Human Rights in the cases of *Kudla v. Poland* (judgment of 26 October 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-XI), *Beck v. Norway* (judgment of 26 June 2001), *Pietiläinen v. Finland* (judgment of 5 November 2002), *Kangasluoma v. Finland* (judgment of 20 January 2004) and *Uhl v. Germany* (judgment of 10 February 2005).

Turku Court of Appeal, 29 November 2004 – Ref.: Report No. 3202, SO4/2115

A state-owned asset management company was claiming damages from the board members of a bank concerning credit decisions which had been issued in 1989-1991

and had resulted in considerable loss of credit for the bank. The damages claimed were exceptionally large (90 million euros). The defendants argued that the claims

should be rejected due to the unreasonable length of the proceedings. The case had been pending before the court of first instance over ten and a half years.

The court of first instance drew attention to the fact that the case was exceptionally complicated and involved several separate proceedings. The main reason for the prolonged proceedings was that the court had considered it expedient to wait for the decision in a criminal case forming a part of the same complex of proceedings and involving claims for damages. The decision in this latter case was expected to clarify the grounds for the liability for damages and was thus of relevance with regard to this particular claim for damages as well. The court held that the defendants had not by their actions in any way prolonged the proceedings. Several proposals for a settlement had been made in the case but they had been unsuccessful.

The court based its decision on Section 21 of the Constitution Act (right to a fair trial within a reasonable time) and Articles 6 and 13 of the European Convention on Human Rights. It also referred to the case law of the European Court of Human Rights, in particular the cases of *Kudla v. Poland* (judgment of 26 October 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-XI) and *Jablonská v. Poland* (judgment of 9 March 2004), and to several cases against Finland concerning the unreasonable length of proceedings. The court discussed the criteria for the assessment of a reasonable or unreasonable length of proceedings as well as effective remedies in case of prolonged court proceedings. It concluded that the case had not been dealt with within a reasonable time as required under Section 21 of the Constitution Act and Article 6 of the Con-

vention. Considering Article 13 of the Convention ending the proceedings was in the court's view in this case the only available effective remedy in order to prevent the violation of the defendants' human rights. The court ruled that as the requirements for a fair trial could not be fulfilled the case against the defendants is to be dismissed.

The court of appeal did not agree with the court of first instance. It stated that the Finnish legislation does not contain any provisions on the basis of which a claim could be dismissed due to an unreasonable length of proceedings. It is not required in the Convention nor in the case-law of the European Court of Human Rights that proceedings before a court should be closed due to their unreasonable length. In arguing its decision the court of first instance had also referred to Supreme Court decision 2004:58 in which it is held that in order to guarantee a fair trial for a defendant in a criminal case, in some exceptional cases dropping or dismissing charges could be the only effective remedy as required by Article 13 of the Convention. Unlike the court of first instance, the Court of Appeal held that this statement is not as such applicable to a civil procedure in which the plaintiff and the defendant are equal as parties. Under Article 6 of the Convention and Section 21 of the Constitution Act, the plaintiff has a right to have the case dealt with in a court of law and a right to a final court decision, despite the fact that the proceedings have been unreasonably long. The Court of Appeal quashed the decision of the court of first instance and returned the matter to the lower court. The Supreme Court did not grant leave to appeal in the case (Decision No. 864 of 12 April 2005).

*Concerns:
Applicability of Articles
6 and 13 to a punitive
tax increase*

**Vaasa Court of Appeal, 2 July 2004 – Ref.: Report No. 1059, U 04/540,
VaaHO 2004:5**

A.'s property had been taken in execution for the payment of a punitive tax increase, among other debts. She claimed before the court of first instance that unlike decisions on taxes and public fees, those concerning a punitive tax increase cannot be enforced before they have been confirmed by a court. The court of first instance agreed with A. The punitive tax increase imposed on A. was not based on court decisions but on administrative decisions against which A. had appealed. With reference to the European Court of Human Rights and the case of *Janosevic v. Sweden* (judgment of

23 July 2002, Reports of Judgments and Decisions 2002-VII), the court held that a tax increase imposed in an administrative procedure is partly punitive and is thus covered by the requirements set in Article 6 of the European Convention on Human Rights. Therefore, the same rules apply as regarding, for example, the enforcement of a fine and, consequently, enforcement measures cannot be taken before the decision on a punitive tax increase is final. The court concluded that, as far as the punitive tax increase was concerned, the execution was contrary to Article 6 of the Convention.

The Court of Appeal noted that, under Finnish law, taxes and public fees may be recovered through execution proceedings, although the decision in the matter is not final. In the court's view, this concerns also the enforced collection of a punitive tax increase. With reference to the case law of the European Court of Human Rights and the Janosevic case, the Court of Appeal affirmed that tax increases were both deterrent and punitive and that Article 6 of the Convention was applicable. However, it also pointed out that the Convention does not, in principle, exclude the immediate enforcement of punitive tax increases as long as decisions on such measures can be brought before a court with full jurisdiction. Under Act 367/1961, concerning the collection of taxes and public fees through execu-

tion, the taxpayer may request from the tax authorities a suspension of enforcement. As required under Article 6 of the Convention, the taxpayer also has the right to appeal against the tax authorities' decision to an administrative court which may examine questions of both fact and law and has the power to quash the decision subject to appeal. Moreover, the taxpayer has the right to an effective remedy as prescribed in Article 13 of the Convention. In this case, A. had not shown that she would have exercised these rights. The court concluded that as no appeal or request for a suspension was pending when the execution was levied, the decisions on a punitive tax increase imposed on A. were enforceable. The Supreme Court did not grant leave to appeal in the case (Decision No. 234 of 7 February 2005).

Article 7 of the Convention

*Concerns:
Taking into account
previous offence in the
application of a new
Act providing for more
severe penalties in case
of repeat offending*

Supreme Court, 14 December 2005 – Ref.: Decisions of the Supreme Court, 2005, Report No. 3064, R2005/736, KKO 2005:132, vol. II, pp. 960-964

See also:

Kouvola Court of Appeal, 6 October 2005 – Ref.: Report No. 1111, RO5/740, KouHO 2005:7, <http://www.finlex.fi>, and

Court of Appeal of Eastern Finland, 12 July 2005 – Ref.: Report No. 874, R05/745, I-SHO 2005:13, <http://www.finlex.fi>

A court of first instance sentenced X. to a fine and a driving ban for having caused a traffic hazard in April 2005. The driving ban was due to expire on 30 April 2006. The court based its decision on the amended Road Traffic Act, which came into force on 1 March 2005 and provides that the minimum period of a driving ban is one year in cases where the driver has been found guilty of causing a traffic hazard twice within five years. Before April 2005, X. had been convicted of having caused a traffic hazard in January 2002. The old Road Traffic Act only prescribed the maximum period for a driving ban, but did not give a minimum period, for example, in case of recidivists. In his appeal to a Court of Appeal and further to the Supreme Court, X. referred to the decision of the European Court of Human Rights in the case of Achour v. France (judgment of 10 November 2004). He argued that because of the prohibition of retroactive application of criminal law, his previous conviction could not be taken into account as an aggravating circumstance when deciding, under the amended Road Traffic Act,

on the length of the driving ban imposed on him due to the second offence.

The Supreme Court held that in X.'s case the applicable law is the law which was in force when X. committed his second offence, that is the amended Road Traffic Act. When committing the offence, X. was aware of the amendment and of the fact that his previous offence would be taken into account when imposing a driving ban in case of a new offence. The driving ban was a consequence of the new offence and the penalty was harsher because of X.'s previous offence; it was not an additional penalty for the previous offence. Regarding the Achour case, the Supreme Court held that X.'s case was different from Achour's. Achour had been convicted as a recidivist to a harsher penalty in accordance with new legislation, though he had committed his second offence after the statutory limitation period under the previous legislation had already expired. In Achour's case, the application of the new legislation restored a legal situation that had already ceased to have effect. The Supreme Court held that in prac-

tice X.'s previous offence would apparently have been taken into account as an aggravating circumstance even under the old Act, though the length of a driving ban in that case would have been shorter than under the amended Act. The Supreme Court concluded that the application of the amended

Road Traffic Act in X.'s case did not constitute retroactive application of criminal law. It upheld the decision of the Court of Appeal.

The Supreme Court concluded that the application of the amended Road Traffic Act in X.'s case did not constitute retroactive application of criminal law.

Articles 8 and 10 of the Convention

*Concerns:
Respect for private life
of persons in a public
position*

Supreme Court, 4 July 2005 – Ref.: Decisions of the Supreme Court, 2005, Report No. 1621, R2003/191, KKO 2005:82, vol. II, pp. 585-601

In the presidential election in 2000, A. was a personal assistant to candidate Y. and responsible for his public relations. During the campaign, an afternoon paper published an article, telling about A.'s extramarital relationship with X., who was a prominent figure in economic life and whose ex-wife Z. was a well-known TV-reporter. The Supreme Court, as well as the lower court instances, found that the article had violated A.'s right to respect for her private life. In its decision, the Supreme Court discussed at length the question of striking a balance between freedom of expression and protection of private life, referring to a number of judgments by the European Court of Human Rights, among them the cases of *von Hannover v. Germany* (judgment of 24 June 2004, Reports of Judgments and Decisions 2004-VI) and *Tammer v. Estonia* (judgment of 6 February 2001, Reports of Judgments and Decisions 2001-I). The Court held that the provisions in the Penal Code concerning invasion of privacy corresponded to the principles emanating from the case law of the European Court. According to the Penal Code, the spreading of information about the private life of a person does not constitute invasion of privacy if it is concerning the activities of a person in politics or in a public position and is necessary for the purposes of dealing with a matter with importance to society.

The Supreme Court noted that everyone, including persons known to the general public, must be able to enjoy a legitimate expectation of protection of and respect for their private life. Reports on intimate and sensitive details about a person's private life without that person's consent can be justifiable on clear and well-founded grounds only. Public curiosity alone does not justify the publishing of information about a person's private life. As Y.'s assistant A. had an important and public task in political life. However, she was not known to the public

as a politician, nor was she herself running for a political office. A. and Y. did not belong to the same political party, so political considerations and tactics may have contributed to A.'s appointment as Y.'s assistant. Nevertheless, A.'s right to protection of her private life had not been narrowed because of her tasks in the same manner as that of the politician she was working for. Moreover, the Court held that A.'s position and her tasks were not of such nature that she would have committed herself to representing the traditional family values and Christian ideas promoted by candidate Y. in his campaign. In the Court's view, an extramarital relationship is not a matter which would have been likely to affect A.'s abilities to attend to her tasks. As to the newspaper article, it was not concerning politics or the possible political dimensions of A.'s relationship with X. Instead, it aimed clearly at bringing the love affair before the public eye. The fact that X. and Z. were well-known public figures, did not justify the spreading of information about A.'s private life. Also, it had not been shown that A., by being in public places together with X., had tacitly consented to reports about her private life. The Supreme Court concluded that publishing the information about A.'s private life was not justifiable and did not contribute to a debate of general interest to society. The newspaper article had violated A.'s right to respect for her private life.

One dissenting justice of the Supreme Court held that A. had exercised a public and political function. Her appointment as Y.'s assistant had aroused political interest. As Y.'s assistant and counsel, she had political influence. Because the presidential elections are of great public interest, it is natural that political interest is fixed on a public relations person who belongs to the immediate circle of one of the two main candidates. Furthermore, considering that Y.

in his campaign emphasized Christian and family values, the news about A.'s extra-marital relationship was bound to affect people's voting decisions and had therefore a link to A.'s political function. As regards the contents of the newspaper report, the justice found that it described both the political background and activities of A., X. and Z. as well as the relations between the three persons but did not amount to actual harassment. Because X. and Z. were prominent figures, their contacts with the campaign of one of the presidential candidates may have been of interest to the public. Therefore, the dissenting justice considered it plausible that the report about A.'s relationship with

X. was publicized not only in order to satisfy the curiosity of a particular readership but also in order to contribute to a debate of general interest. The justice regarded this as a borderline case between political journalism and celebrity gossip. However, with reference to the principle of proportionality, he held that, regarding political journalism, one should in general have recourse to criminal law and penal sanctions only in cases where the media has clearly overstepped the bounds within which freedom of expression can legitimately be exercised. This case did not amount to such excess, so the charges should have been dismissed.

*Concerns:
Disclosure of
offenders' identity in
the media*

Supreme Court, 19 December 2005 – Ref.: Decisions of the Supreme Court, 2005, Report No. 3137, S2003/534, KKO 2005:136, vol. II, pp. 980-1003

A magazine had published a report of a violent offence of which X. had been convicted. The question was whether disclosing X.'s name in the report was a violation of his privacy. The Supreme Court held that disclosing the name or identity of an offender in the media without the person's consent always constitutes some kind of intrusion in the person's private life. On the other hand, there may be circumstances that speak in favour of the right of the public to be informed of the name and identity of the offender. In this case, A. had been convicted of an exceptionally grave assault involving deeds which degraded the victim and his dignity. The Court held that, in case of grave offences, which attract the public's attention, the identity of the offender tends to be revealed eventually one way or another. This is a consequence of the offence and X. should also have been prepared for it. The Court also pointed out that the report had been published shortly after the trial, and was thus a topical piece of news at that time. The tone in the report was factual. Apart from X.'s name, his photo or other information pertaining to his private life had not been published. The Supreme Court con-

cluded that disclosing X.'s name in the report did not constitute an invasion of his privacy under the Penal Code. In discussing the scope of the term "private life" and the possible limitations of the right to private life the Supreme Court also took into account the case law of the European Court of Human Rights, referring for example to the cases of *von Hannover v. Germany* (judgment of 24 June 2004, Reports of Judgments and Decisions 2004-VI) and *Sidabras and Dziautas v. Lithuania* (judgment of 27 July 2004).

Three dissenting justices of the Supreme Court made a clearer distinction between the offender and his acts. They held that because of the exceptionally grave nature of X.'s offence, it was indisputable that informing the public of the offence contributed to a debate of general interest in society. However, considering the nature and content of the report, which was based on an interview with the victim, telling the offender's name was not necessary and did not contribute to the public debate. The dissenting justices concluded that X. was entitled to compensation because of an invasion of his privacy.

*Concerns:
Child appearing in a
TV programme as a
background to a person
being interviewed*

Helsinki Court of Appeal, 20 October 2005 – Ref.: Report No. 3405, RO4/973, HelHO 2005:13, <http://www.finlex.fi>

In a TV programme, discussing problems pertaining to unemployment and presenting various solutions to such problems, reporter A. had interviewed X., the director of an association which arranged after-school activities for children in a community centre. As a background to the interview, a film was shown of children playing at the community centre. One of the chil-

dren was B., who was not named nor interviewed in the film. B. and her parents C. and D. sued A. for having infringed on their right to private life by spreading information which had caused them suffering and damage. In their view, the programme gave the impression that the parents of children who participated in the activities at the community centre were unemployed, had a

drinking problem and could therefore not provide proper care for their children. Moreover, permission to film had not been requested from B. or her parents. The court of first instance did not consider the programme as offending B. and her family and decided the case in A.'s favour. B., C. and D. appealed against the decision.

In discussing the balance between the protection of private life and freedom of expression, the Court of Appeal held, among other things, that freedom of expression should weigh more when debating important social or political issues, whereas the protection of private life narrows the scope of freedom of expression in cases where, instead of social issues, the purpose is to satisfy public curiosity. Here the court referred to the decisions of the European Court of Human Rights in the cases of *Editions Plon v. France* (judgment of 18 May 2004, Reports of Judgments and Decisions 2004-IV), *von Hannover v. Germany* (judgment of 24 June 2004, Reports of Judgments and Decisions 2004-VI), *Novák v. the*

Czech Republic (decision of 13 November 2003) and *Société Prisma Presse v. France* (decision of 1 July 2003). The court pointed out that the filming was made in a public place with open access to all. The purpose of the programme was not to describe B.'s private life or her behaviour but to discuss an important social issue. In the court's view, the programme did not give viewers the impression that the problems discussed in the programme concerned all children visible in the film or B.'s family in particular. The court found it possible that B.'s family may have felt offended because of the programme. However, it had not been shown that B. would have been recognized by persons who were not close to her, and those in her immediate circle knew that the family did not have any of the problems described in the programme. The court concluded that showing the film in which B. was present did not infringe on her privacy in a manner which would have caused her or her family suffering or damage. The decision is final.

Articles 8 and 12 of the Convention

*Concerns:
Granting of residence
permit to the Syrian
spouse of a young girl
under the legal age of
marriage according to
Finnish law*

Supreme Administrative Court, 5 December 2005 – Ref.: Report No. 3219, 2306/3/05, KHO 2005:87, <http://www.finlex.fi>

A. had applied for a residence permit in Finland on the basis of a family tie. A. had married his cousin B. who resided in Finland. B. and her family had come to the country as refugees in 1996. The marriage took place in Syria in 2004. At that time, B. was 15 years old and, as a minor, she could not have married under Finnish law without a special permission from the Ministry of Justice. The Directorate of Immigration rejected A.'s application, mainly on the grounds that granting him a residence permit was not in the best interests of the child, B. On A.'s appeal, the Administrative Court revoked the Directorate's decision. It held that, considering the cultural and religious background of the persons concerned, issuing A. with a residence permit could not be regarded as being in contradiction with the best interests of the child (B). Also, the fact that A. and B. had so far not lived together as a family did not mean that there was no bond between the spouses requiring the protection of genuine family life.

The Supreme Administrative Court agreed with the Directorate of Immigration and ruled that issuing a residence permit to A. was in this case not in the best interests of

B. Acknowledging that the marriage was valid under Syrian law and was therefore in principle also valid in Finland, the Court found that the mere validity of a marriage did not have an impact on the assessment of the matter concerning A.'s residence permit. In the Court's view, the fact that in some countries a person, who is still a minor according to Finnish law, may enter into marriage, cannot mean that, as a consequence, that person should be issued with a residence permit in Finland on the same grounds as a person who is of age when marrying. The Court also referred to the possibility that an applicant tries to evade the provisions on entry into a country by applying for a residence permit on the basis of a marriage to a person who is clearly a child. At the time the marriage between A. and B. was contracted, B. was a minor and dependent on her parents in such a way that she cannot be considered to have given her full and free consent to the marriage. With reference to international human rights law, the Court ruled that immigrant girls also have the right to choose a spouse with their free and full consent, regardless of their culture and religion. The Supreme Adminis-

trative Court quashed the decision of the Administrative Court and upheld the decision of the Directorate of Immigration who is still a minor according to Finnish law, may enter into marriage, cannot mean that, as a consequence, that person should be issued with a residence permit in Finland on

the same grounds as a person who is of age when marrying.

who is still a minor according to Finnish law, may enter into marriage, cannot mean that, as a consequence, that person should be issued with a residence permit in Finland on the same grounds as a person who is of age when marrying.

Article 10 of the Convention

*Concerns:
Criticism directed at a
person's activities in
business*

Supreme Court, 7 January 2005 – Ref.: Decisions of the Supreme Court, 2005, Ref.: Decisions of the Supreme Court, 2005, Report No. 0001, R2004/183, KKO 2005:1, vol. I, pp. 9-14

An afternoon paper had published a text in which a journalist criticized a meal he had been served in a restaurant. The writer had used fairly sharp and unpolished language. The question was whether this constituted defamation.

The Supreme Court referred to Chapter 24, Section 9 of the Penal Code which prescribes, among other things, that criticism that is directed at a person's activities in business does not constitute defamation provided that it does not obviously overstep the limits of propriety. In this case, the writer had expressed his own opinion by using a metaphor which is likely to give the reader a strongly negative impression. However, taking into account the context in which the criticism was presented and the style in the text in general, the use of the metaphor did not give the impression that the writer had considered the meal unhygienic and not fit for consumption. The text was a humorous essay which had been published in the sports pages together with articles and interviews all dealing with local football, local people

and local cuisine. The tone in the writer's criticism of the meal matched the humorous and exaggerating style used in the essay in general. The Supreme Court held that a person engaged in business has to tolerate even sharp public criticism against the products or services his or her business provides. The Court concluded that in this case, the criticism did not obviously overstep the limits of propriety and did not thus constitute defamation.

The Supreme Court decided the case on the basis of the Penal Code only. The court of first instance, which had come to the same conclusion as the Supreme Court, also referred to the freedom of expression as prescribed in the Constitution Act and the European Convention on Human Rights. The Court of Appeal held that the criticism went too far and the journalist was guilty of defamation. One dissenting member of the Appeal Court referred to the freedom of expression and the freedom of the press and agreed with the court of first instance.

*Concerns:
Statement, in a radio
programme, of a
personal opinion about
the proper professional
conduct for advocates*

Helsinki Court of appeal, 20 January 2005 – Ref.: Report No. 158, R02/3844

In a radio programme, which was meant to serve as an open discussion forum for the public, radio journalists A. and B. had interviewed C. who had expressed very critical views about the status and rights of the father in child custody cases, based on his own experiences. C.'s ex-wife D. and her counsel in the custody case, E., sued A., B. and C. for defamation.

Taking into account the constitutional provisions on the right to freedom of expression and the protection of privacy as well as the case-law of the European Court of Human Rights under Article 10 of the European Convention on Human Rights, the court of first instance convicted the defendants of defamation. In the court's view, the

defendants had presented false insinuations in claiming that E. had not observed proper professional conduct or the Advocates Act while counselling D. in the custody case and that D. was not capable of raising and caring for her children. The court ruled that C.'s views were value judgments rather than facts and that protecting D.'s and E.'s honour was in this case not in conflict with Article 10 of the Convention.

The Court of Appeal did not agree with the first instance court. The court found it acceptable that a person who is being interviewed expresses his or her opinions in a sharp manner amounting to criticism. It could not be expected that a party in a child custody case also puts forth arguments

which favour the adverse party, in particular when C.'s adverse party D. had on previous occasions in a TV-programme and a newspaper interview criticised C. and his actions in similar terms. Regarding C.'s views on E., the Court of Appeal held that in practising his profession E. was expected to tolerate even sharp criticism, in particular when expressed by the adverse party of his client. C. had presented his own, reasoned views about the proper professional conduct for advocates. In the radio programme, it was clearly stated that his views differed from those of the Finnish Bar Association. The court concluded that C.'s statements did not amount to defamation. Regarding D., the court pointed out that C.'s statements could not be assessed out of context and without taking into account the nature and tone of the interview as a whole. C. had criticised the prevailing system in child custody cases in Finland. Some of his views corresponded to opinions and assumptions generally held by the public. These views could not as such amount to a violation of D.'s honour. The court held that C. had expressed his strong, emotional and subjective opinion based on his own experiences without an express

intention to insult D. Moreover, considering the nature of C.'s statements, it was difficult to assess whether they were true or false. The court ruled that it had not been shown that C. would have violated D.'s honour. Regarding the radio journalists A. and B., the court held, with reference to the case of *Jersild v. Denmark* (judgment of 23 September 1994, Publications of the European Court of Human Rights, Series A, No. 298), that the punishment of a journalist for assisting in the dissemination of statements made by another person in an interview is possible on extremely strong grounds only. In the radio programme, it had been made clear that these were C.'s personal opinions. In addition, it had been shown that the Finnish Bar Association did not share C.'s views and that D. had already on previous occasions told in public that she found C.'s actions as offending her rights. Though A.'s and B.'s questions and comments had been slightly provocative, the court held that under the circumstances they did not amount to defamation. The decision is final. The Supreme Court did not grant leave to appeal in the case (Decision No. 1872 of 18 August 2005).

Articles 10 of the Convention and 3 of Protocol No. 1

*Concerns:
Placement of election
posters in areas owned
by the municipality*

Supreme Administrative Court, 3 October 2005 – Ref.: Report No. 2489; 1812/3/04; KHO 2005:62, <http://www.finlex.fi>

A municipal executive board had given general instructions regarding the upcoming Parliamentary elections and the placing of election posters in the areas owned by the municipality. In these areas, the municipality would arrange the placing of election posters by reserving an equal amount of space for each political party. Any other placing of posters was forbidden. In order to cover the costs for these arrangements, the municipality requested from each political party participating in the elections a sum of €840. Political party X. appealed against the decision to the Administrative Court and further to the Supreme Administrative Court claiming that the decision resulted in unreasonable restrictions of the right to freedom of expression and the right to vote and to be elected.

The Supreme Administrative Court held that a municipality has a right to decide in which way the areas owned by the municipality are used in campaign publicity. The decision of the executive board did not restrict the possibility to place election

posters in privately owned areas. Considering the requirements of public order, public safety and a pleasant city environment, the municipality may decide that election campaign publicity is centralized as defined in the decision of the executive board. The impact on freedom of expression is not unreasonable in relation to the purpose of such arrangements. The Supreme Administrative Court also noted that a municipality had no statutory duty to arrange election campaign publicity. In view of the fact that the municipality had, on the basis of municipal self-government, voluntarily undertaken to arrange the placing of election posters, it was within its authority to require compensation for such arrangements. The payment of €840 was based on the actual costs of the arrangements. The Court pointed out that there were also other means than outdoor campaigns available for political parties in distributing information about their programme and their candidates. It concluded that requesting the sum of €840 as a compensation did not unreasonably

restrict the right to freedom of expression and was also not in violation of the principle of equal treatment.

Article 12 of the Convention

*Concerns:
Refusal of a residence permit to a young man considered as no longer having family ties to his father following his marriage*

Supreme Administrative Court, 18 January 2005 – Ref.: Report No. 56, 2975/3/03, KHO 2005:2, <http://www.finlex.fi>

By a decision of 1 February 2002 the Directorate of Immigration had issued A. a residence permit for one year on the basis of a family tie. In 1999, when the application for a residence permit was made, A. was unmarried and under 18 years of age. According to the Aliens Act, A. could thus be regarded as a family member of his father who resided in Finland and had come to the country as a quota refugee in 1998. While the application was pending A. came of age. When he arrived in Finland in March 2002, he told the authorities that he had married on 20 February 2002 and that his wife was seven months pregnant. He had met his wife in his previous country of residence in 2000. With reference to Section 21 of the Aliens Act, the Directorate of Immigration revoked A.'s residence permit in July 2002 on the grounds that A, in applying for a residence permit, had given false information and had concealed matters which would have had a bearing on the residence permit decision (i.e., his intention to get married). A. appealed against the decision to the administrative court which rejected the appeal.

A. appealed further to the Supreme Administrative Court which quashed the

decisions of the Directorate of Immigration and the Administrative Court. The Court pointed out that the fact that A had come of age while his application was pending had been known to the Directorate of Immigration and could therefore not constitute a reason for revoking the residence permit. The Court referred to the right to marry as provided for in Article 12 of the European Convention on Human Rights and Article 23 of the CCPR, the right to privacy as prescribed in Section 10 of the Constitution Act, and Section 1-4 of the Aliens Act according to which aliens' rights shall not be curtailed more than is necessary. In the Court's view, it could not be held as a condition for a residence permit that a person who has come of age refrains from getting married for an indefinite time when that person has been issued a residence permit on the basis of a family tie. Under such circumstances a marriage could not be regarded as a considerable change affecting the grounds for entry or for issuing a residence permit. A.'s marriage could therefore not constitute a strong cause to revoke his fixed-term residence permit as prescribed in Section 21 of the Aliens Act.

Article 34 of the Convention

*Concerns:
Request for legal aid at a state legal aid office for the purpose of lodging a complaint with the European Court of Human Rights*

Supreme Administrative Court, 10 October 2005 – Ref.: Report No. 2546, 3086/2/04, KHO 2005:65, <http://www.finlex.fi>

A. had applied for legal aid at a state legal aid office for the purpose of lodging a complaint with the European Court of Human Rights. He also asked that B., who had been his counsel in the same matter before the national courts, be appointed his attorney covered by legal aid to represent him in the procedure before the Court. Alternatively, A. requested that he be given legal aid at least until he is granted legal aid by the Human Rights Court. The legal aid office rejected A.'s application with reference to Section 23 of the Legal Aid Act which prescribes that in cases considered abroad, legal aid shall cover the provision of general legal advice. The legal aid office held that such advice is given by public

legal aid attorneys and does not include drafting a complaint or pursuing a case before a court abroad. The Administrative Court rejected A.'s appeal.

The Supreme Administrative Court studied the wording and preparatory materials of Section 23 and found that the meaning and scope of "general legal advice" remain unclear. Nevertheless, it can be concluded that "general legal advice" does not mean assistance in investigating a matter or representation before a court abroad. In the Court's opinion, it was not possible either to fully agree to A.'s request to be given legal aid until he is eligible to legal aid by the Human Rights Court. However, the Court also held that it had not been clarified what

kind of measures covered by “general legal advice” would have been possible in this case for the purpose of bringing the matter before the Human Rights Court. Therefore,

the Supreme Administrative Court quashed the decisions of the legal aid office and the administrative court and referred the matter back to the legal aid office.

Hungary/Hongrie

Article 6 de la Convention

*Concerne:
Remise sans frais à
l'inculpé de copies des
documents relatifs à la
procédure*

Cour Constitutionnelle, 28 avril 2005, Décision n° 17/2005, Dossier 501/B/1998 – Réf. : Magyar Közlöny, n° 2005/56, pp. 2814-2825

La Cour constitutionnelle constate que le Parlement n’a pas encore adopté de loi rendant possible la délivrance sans frais, à l’inculpé et à son avocat, de copies des

documents relatifs à la procédure pénale. Ce fait exclut le respect de l’application d’une procédure équitable ainsi que l’exercice intégral du droit à la défense.

Article 3 du Protocole n° 1

*Concerne:
Droits électoraux*

Cour Constitutionnelle, 17 juin 2005, Décision n° 22/2005, Dossier 4/B/2005 – Réf. : Magyar Közlöny, n° 2005/81, pp. 4042-4050

La Cour constitutionnelle constate, que le Parlement n’a pas encore adopté de loi assurant totalement le respect de l’Article 71 § 1 de la Constitution concernant l’égalité des droits électoraux. Notamment, il est

nécessaire d’adopter une loi assurant que les circonscriptions électorales englobent un nombre égal de citoyens disposant du droit de vote.

Cour Constitutionnelle, 17 juin 2005, Décision n° 23/2005, Dossier 944/D/2004 – Réf. : Magyar Közlöny, n° 2005/81, pp. 4050-4058

La Cour constitutionnelle constate que le Parlement n’a pas encore réglementé les

délais des recours judiciaires dans le cas d’un référendum.

Iceland/Islande

Article 5 of the Convention

*Concerns:
Compensation claim
for detention on
remand after charges
were dropped*

**Supreme Court, 21 September 2005 – Ref.: Judgment 248/2005,
<http://www.haestirettur.is/domar?nr=3530>**

H., who had been in detained on remand for nearly three months because of suspected involvement in drug trafficking, demanded compensation after he was informed by the State Prosecutor that charges against him were being dropped. He based his claim on Chapter XXI, especially Article 175 and 176 of Law No. 19/1991, on Procedure in Criminal Cases, cf. Law No. 86/2004, Articles 67 and 70 of the Constitution of the

Republic of Iceland and Article 5 of the European Convention on Human Rights, cf. Law No. 62/1994. It was deemed that H’s behaviour had led to his being arrested and his demeanour when he was questioned by the police had contributed, even led, to his being detained on remand and the time in custody being prolonged. The Icelandic State was therefore acquitted of H’s reparations claim despite the prolonged detention.

Supreme Court, 20 January 2005 – Ref.: Judgment 257/2004,
<http://www.haestirettur.is/domar?nr=3192>

S. demanded compensation for detention on remand after assault and battery charges against him were dropped. The Court stated that the provisions of Chapter XXI of the Law on Procedure in Criminal Cases had been interpreted in light of Article 67-5 of the Icelandic Constitution to entail that persons who had been detained without due cause were entitled to compensation, barring particular circumstances which could curtail or abrogate the right to compensation. The Court cited prior judgments that stated that neither the provisions of Article 67-5 of the Constitution nor that

of Article 5 § 5 of the European Convention on Human Rights provide for a wider right to damages than that provided for in the Law on Procedure in Criminal Cases. It was demonstrated that S.'s testimony was inconsistent at the outset of the investigation and that he had thereby contributed to the events that he based his claim on. The Court found that no information had been presented that should have led to an earlier release and that S. had adequate access to health services during his detention. The State was acquitted.

Article 6 of the Convention

*Concerns:
Inability to pay legal
fees stemming from a
criminal case*

Supreme Court, 17 March 2005 – Ref.: Judgment 311/2005,
<http://www.haestirettur.is/domar?nr=3310>

K. was ordered by a court to pay a fine and legal costs. She had paid the fine but not the legal costs. It was contested that K. was an invalid with a minimum income. L. asked for a distraint for unpaid costs which concluded without success on the basis of a declaration from K. that she did not own any assets. K. asked that the distraint be invalidated on the basis that it was contrary to Article 168-3 Law No. 19/1991 on Procedure in Criminal Cases and Article 6 § 3c. of the European Convention on Human Rights to order her to pay legal costs stemming from a criminal case when it was demonstrated that she did not have the means to pay such costs. The District Court agreed and invalidated the judgement partly, as regards the legal fees of K.'s public defender. Before the Supreme Court K. only asked that the District Court decision be confirmed and other claims regarding legal

costs were not before the Court. The Court found that Article 168-3 Law No. 19/1991 on Procedure in Criminal Cases had to be interpreted in light of Article 6 § 3c. of the Convention and the interpretation by the European Court of Human Rights of the said provision, although the judgments of the Court are not binding for Iceland. According to the Court's interpretation of the Convention the Icelandic state is obliged to guarantee that its citizens are able to prove their inability to pay legal fees stemming from criminal cases, when those costs are being collected. K. relied on a provision in Section V of Law No. 90/1989 on Judicial Execution to ask the Court to determine the validity of the fruitless ineffective action and as K. was found to have proven that she had no means to pay the legal fees of her defence council, the decision of the District court was confirmed.

*Concerns:
Insufficient evidence to
corroborate a testi-
mony*

Supreme Court, 19 May 2005 – Ref.: Judgment 520/2004, <http://www.haestirettur.is/domar?nr=3407>

R. and D. were charged with drug trafficking. It was considered proven that S., a German, had organised the import of the drugs and had supplied them in 2002 and that they had been smuggled into Iceland by different individuals, the operation organised by R. and D. R. played a bigger part in the operation because of his dealings with S. D. had received drugs six times and R. organized the import of those drugs except for one time according to the testimony of the German K. to the German Police and before a German court. K. did not testify at the principal proceedings and thus the

accused did not have the opportunity to examine or have examined the witness against them as stipulated in Article 48-1, Law No. 19/1991, on Procedure in Criminal Cases, cf. Law No. 86/2004 and Article 6 § 3d. of the European Convention on Human Rights, cf. Law No. 62/1994. The Court referred to the interpretation of the European Court of Human Rights which allows statements of this nature if they are supported by other evidence but found that as the witness was not present at the principal proceedings and there was insufficient evidence to corroborate his testimony there

was insufficient ground for conviction on that charge. D. received a sentence of three

years imprisonment and R. four and a half years.

Article 8 of the Convention

*Concerns:
Urgent commitment of
a child to a mental
health institute without
informing his mother –
a mentally ill –before-
hand*

Supreme Court, 24 February 2005 – Ref.: Judgment 360/2004,
<http://www.haestirettur.is/domar?nr=3261&leit=t>

A. and her son B. had for many years been assisted by the local child protection authorities as A. was mentally ill. In January 2001 child protection authorities decided to commit B. to a mental health institute. Based on the authorities' well-founded concern for B. because of his suicidal tendencies and from former relations with A. the authorities did not deem it necessary to

inform A. beforehand. The Court agreed that the child protection authorities had to act quickly and found that B. had been in such danger as to justify entering A.'s home without her permission. A.'s claim for compensation was thus dismissed.

The Convention was referred to during the proceedings but the Court did not take a stand on the issue.

Article 10 of the Convention

*Concerns:
Defamation and
freedom of expression*

Supreme Court, 15 December 2005 – Ref.: Judgment 181/2004,
<http://www.haestirettur.is/domar?nr=3681>

E. asked that certain comments in a newspaper article that had been published in daily newspaper be declared null and void and that the author, I., pay him compensation as E. considered the comments defamatory. He based his claim on Articles 16, 234, 235, 236, 241, Law No. 19/1991, on Procedure in Criminal Cases, cf. Law No. 86/2004, Articles 71 and 73 of the Icelandic Constitution and Article 10 of the European Convention on Human Rights. The District Court stated that provisions on defamation, Articles 16, 234, 235, 236, 241, Law No. 19/1991,

on Procedure in Criminal Cases, cf. Law No. 86/2004 had to be interpreted in light of international human rights obligations and constitutional provisions on freedom of expression and permissible limitations thereto. When the comments were viewed in context the Court did not find that they constituted punishable defamation as set out in the General Penal Code. I was acquitted.

The Convention was referred to during the proceedings but the Court did not take a stand on the issue.

Article 11 of the Convention

*Concerns:
Industrial tax alleged
to imply compulsory
membership in a
Federation*

Supreme Court, 20 December 2005 – Ref.: Judgment 315/2005,
<http://www.haestirettur.is/domar?nr=2669&leit=t>

V. demanded that a certain industrial tax that had been levied on him be repealed for the period 2001-2004. He claimed that because the tax went to the Federation of Icelandic Industries, this implied compulsory membership in this Federation, in violation of the Icelandic Constitution and the

European Convention on Human Rights. Citing Supreme Court Judgment from 17 December 1998, Case No. 166/1998 the Court found no violation of Article 74-2 of the Constitution nor the principle of non-discrimination stipulated in Article 65 of the Constitution.

Italy/Italie

Article 2 de la Convention

*Concerne :
Attribution du nom de
famille à l'enfant
naturel. Compétence du
tribunal pour enfants*

Tribunal pour enfants d'Ancona, 14 février 2005

Aux termes de l'Article 262, 3^e alinéa, du Code civil, l'attribution du nom de famille au nouveau-né naturel reconnu par les deux parents à des époques différentes relève de la compétence du tribunal pour enfants, lequel a la tâche de choisir en premier lieu le nom du père, à défaut celui qui lui paraît opportun et correspondant à l'intérêt du mineur. La décision est opposable aux parents biologiques, qui sont appelés à participer à la procédure d'attribution du nom. La loi se limite à prescrire la tâche du tribunal, mais la norme, interprétée à la lumière de l'Article 2 de la Constitution et de l'intérêt social, justifie l'ouverture d'office d'une procédure si les parents ne montrent aucun intérêt pour l'enfant.

Le nom, suivant le principe énoncé par la Constitution, constitue un élément essentiel de la personnalité de tout être humain,

objet d'un droit absolu auquel personne ne peut renoncer et qui requiert un devoir général de solidarité de la société dans laquelle l'enfant vit.

Le tribunal ne peut manquer de citer les parents sous peine de nullité de la décision.

Note : L'ordonnance du Tribunal pour enfants n'est pas la seule décision qui affirme la possibilité d'ouvrir d'office la procédure d'attribution du nom, sur simple information reçue par l'état-civil, comme cela s'est produit en l'espèce. L'intérêt social à attribuer un nom au mineur le plus rapidement possible a amené plus d'un tribunal à une interprétation évolutive.

Un certain nombre de cas concernent les fils d'immigrés sans résidence stable, dénués de ressources ou s'adonnant à la prostitution.

Articles 2 de la Convention et 1 du Protocole n° 1

*Concerne :
Immunité de juridiction
des chefs d'Etat et de
Gouvernement.
Droit de tout citoyen à
la protection de sa vie
et de ses biens*

Cour de cassation, 28 décembre 2004, arrêt n° 49666 – Réf. : Diritto penale e processo, 2005, p. 414

L'Article 10 de la Constitution établit que l'ordre juridique italien se conforme aux normes du droit international généralement reconnues, par exemple la norme de droit international coutumier d'après laquelle les chefs d'Etat, de Gouvernement et les Ministres des affaires étrangères des Etats souverains sont exemptés de toute mesure de limitation de leur liberté personnelle. L'immunité de juridiction s'étend à tous les comportements sans distinction, quelle que soit l'activité déployée, sous condition qu'il s'agisse d'une organisation « souveraine », c'est-à-dire disposant d'une collectivité humaine, d'un territoire, d'un pouvoir politique effectif et indépendant. La reconnaissance du Gouvernement à elle seule ne constitue pas la source de l'immunité étant donné qu'elle n'a pas une valeur constitutive de la personnalité de droit international, mais constitue un « fait », qui s'impose aux autres Etats.

L'immunité constitue une exception au principe du caractère obligatoire de la loi

pénale, qui exclut toute application extensive ou analogique.

Par conséquent, un Président du Conseil des Ministres d'une organisation ne présentant pas les qualités sus-citées, accusé de trafic illicite de tabac, peut être soumis à la détention provisoire.

Note : La Cour de cassation a annulé l'ordonnance d'un tribunal qui s'était refusé à appliquer la détention provisoire à un étranger soupçonné de faire partie d'une association de malfaiteurs se livrant à la contrebande de tabac. L'arrêt de la Cour a résumé les principes que la jurisprudence et la doctrine ont énoncés sur l'immunité, se fondant sur l'Article 10 de la Constitution, lequel est aligné sur ce que la Cour Internationale a plusieurs fois affirmé: (i) accomplissement répété d'actes dénommés « précédents », (ii) conviction des sujets de l'ordre international que l'accomplissement de tels actes est obligatoire. En Italie, la doctrine a plus d'une fois observé que l'application de l'immunité risquait de laisser sans protection suffisante la partie

lésée qui peut ne pas obtenir le dédommagement qui lui est dû.

Article 5 de la Convention

*Concerne :
Evaluation de la durée
raisonnable de la
détention provisoire
dans les phases succes-
sives de la procédure*

Cour constitutionnelle, 22 juillet 2005, arrêt n° 299/2005 – Réf. : Diritto e Giustizia, 2005, n° 32, p. 50, Guida al Diritto, 2005, n° 31, p. 59

L'Article 303, 2^e alinéa, du Code de procédure pénale viole les articles 3, 13 et 24 de la Constitution en ce qu'il ne tient pas compte des périodes de mise en détention provisoire lorsque la Cour de cassation annule un arrêt et renvoie au juge d'appel pour un nouvel examen des faits contestés.

L'Article 304 du Code, qui détermine la durée de la mesure par rapport à la gravité de l'inculpation, affirme, à son tour, que la détention ne peut dépasser « en aucun cas » la limite indiquée par la loi ; cette expression indique, de toute évidence, la volonté du législateur de poser une limite à la durée. Par conséquent il faut tenir compte de la détention effectuée pendant les phases précédentes de la procédure, avant et après les débats en audience.

Cette interprétation est confirmée par les deux principes généraux de la proportionnalité du sacrifice de la liberté person-

nelle et d'un juste équilibre entre exigences du procès et protection de la liberté, énoncés par le rapport de la Commission législative du Parlement qui a accompagné la promulgation du Code de procédure, en 1988.

L'Article 5 § 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, tel qu'il a été interprété par la Cour européenne des Droits de l'Homme, contenant l'affirmation implicite de la durée raisonnable de la détention provisoire, poursuit pratiquement les mêmes buts et constitue une justification ultérieure de la limitation.

Note : Une fois encore, la Cour constitutionnelle découvre des illégalités dans les normes édictées par le pouvoir politique, qui n'a pas toujours pris le temps de réfléchir aux garanties énoncées par la Constitution et la Convention européenne, même s'il s'agit d'un inculpé, et ce malgré des affirmations de la volonté de les respecter.

Articles 5 et 6 de la Convention

*Concerne :
Internement en hôpital
psychiatrique d'un
inculpé atteint d'une
incapacité mentale,
dans l'attente de la
conclusion de l'enquête
préliminaire.*

Cour constitutionnelle, 29 novembre 2004, arrêt n° 367 – Réf. : Il Foro Italiano, 2005, n° 1, 1^e partie, p. 324, Giurisprudenza costituzionale, 2005, vol. 6, p. 3993

Aux termes de l'Article 206 du Code pénal, le juge des enquêtes préliminaires qui estime opportun d'appliquer provisoirement une mesure de sûreté à l'égard d'un inculpé atteint d'une incapacité mentale qui semble, à première vue, le rendre socialement dangereux, a pour seule possibilité d'ordonner l'internement de ce dernier dans un hôpital psychiatrique judiciaire. La norme prescrit un automatisme rigide et abstrait, qui ne prend pas en considération les buts de prévention, rééducation, assistance et respect de la personnalité devant être poursuivis même dans l'application d'une mesure provisoire. La phase préliminaire d'un procès consacré à l'évaluation provisoire des éléments justifiant l'inculpation impose des mesures flexibles dans l'attente des résultats de l'enquête. Toute mesure doit être proportionnée à la situation, aux exigences de la personne, laquelle peut avoir besoin de soins ou d'un traitement particulier, bien différent de l'internement.

La ségrégation totale peut aussi constituer un dommage à l'équilibre mental.

Pour ces raisons, l'automatisme prévu par la loi viole les Articles 3, 24 et 32 de la Constitution (sauvegarde des intérêts relatifs à la personnalité et à la santé des accusés).

Note : La Cour Constitutionnelle confirme les principes de flexibilité et d'individualisation de la peine applicables aux mesures de sûreté entraînant une restriction de la liberté personnelle. Depuis plusieurs années, la doctrine va dans ce sens. Individualiser la peine signifie adapter la mesure aux exigences de rééducation et de réadaptation de l'inculpé, dont l'importance sociale est méconnue par l'Article 206 du Code pénal. Il arrive que la phase préliminaire de certains procès dure un à deux ans et la ségrégation dans un hôpital peut causer des dommages. L'automatisme de la mesure est donc éliminé et le juge se voit nanti du droit de choisir la mesure qui lui paraît convenir.

Articles 5 et 6 de la Convention et 3 du Protocole n° 7

Concerne :

Transmission aux héritiers du droit à réparation en cas de détention provisoire suivie d'un classement de l'affaire

Cour constitutionnelle, 23 décembre 2004, arrêt n° 413 – Réf. : *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, n° 6, p. 4410

L'Article 314 du Code de procédure pénale affirme que la personne acquittée par une décision de classement de l'affaire, après avoir subi une détention provisoire, a droit à réparation. Ce droit doit être reconnu aux héritiers de l'accusé, même si ce dernier est décédé avant la décision, comme tout autre droit successoral acquis d'une personne décédée. Une telle interprétation est autorisée au vu de l'Article 2 de la loi n° 81 du 6 février 1987 – contenant délégation du Parlement à la commission ministérielle chargée de rédiger un nouveau Code – laquelle affirme que la réparation est due aux héritiers même si la décision est adoptée après la mort de l'inculpé, quelle que soit la raison de l'injustice commise. Des expressions similaires sont contenues dans la

Convention européenne des Droits de l'Homme et dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Note : Plusieurs auteurs, dans les années 90, avaient soutenu que le droit à réparation lorsque l'inculpé est décédé avant la décision de classement se transmet aux héritiers, comme tout autre droit de nature patrimonial. Certaines décisions, en revanche, avaient nié une telle possibilité, considérant que l'Article 314 ne mentionnait pas l'hypothèse du décès de l'inculpé. Il a été souligné que la réparation constitue une mesure de solidarité sociale, qui sert à réparer partiellement une injustice, ayant souvent une valeur symbolique importante sur le plan moral.

Article 6 de la Convention

Concerne :

Intime conviction en matière de recherche biologique de paternité ou maternité

Cour de cassation, 22 juillet 2004, arrêt n° 13665 – Réf. : *Foro Italiano*, 2005, 1^{re} partie, p. 432

Les principes de l'indépendance du juge et de la possibilité que celui-ci fonde sa décision sur son intime conviction constituent deux éléments essentiels du procès équitable, ayant comme conséquence logique la possibilité, pour un tribunal, de choisir sa source de conviction. S'il s'agit de décider sur une action en recherche de paternité ou maternité naturelles, un tribunal peut ordonner une expertise hématologique et immuno-génétique et se fonder sur celle-ci pour affirmer la paternité ou maternité. Ce type d'expertises peuvent, si elles sont bien exécutées, constituer des éléments de preuve fiables, comme tout autre élément de preuve apporté au procès par les parties. Les progrès de la science permettent d'amener à des certitudes, en particulier si l'avis de l'expert est renforcé par les éléments de preuve traditionnels qui, prudemment évalués, confir-

ment le juste fondement de la demande de la partie demanderesse.

Note : La décision a un seul précédent – datant de 1983 – dans la jurisprudence de la Cour de cassation. A cette époque, les expertises biologiques ne permettaient pas une confiance telle qu'elles puissent justifier, à elles seules, une décision sur la recherche d'un parent. Pendant longtemps, l'arrêt a été invoqué dans les salles d'audience. Le présent arrêt, en revanche, donne acte que grâce aux progrès de la science, une expertise correctement effectuée peut donner des résultats génétiques sources de certitudes. Bon nombre de revues juridiques ont publié in extenso la motivation de l'arrêt et souligné la validité du principe de l'intime conviction, pourvu que celle-ci soit suffisamment motivée.

Concerne :

Violation du délai raisonnable dans les actions en recherche de paternité ou maternité

Cour constitutionnelle, 10 février 2006, arrêt n° 50 – Réf. : *Diritto e Giustizia*, 2006, n° 9, p. 14

Aux termes de l'Article 274 du Code civil, la personne qui veut intenter une action en recherche de paternité ou maternité doit préalablement obtenir du tribunal une déclaration d'admissibilité de l'action. Le tribunal procède à une enquête sommaire, accomplie « sans aucune publicité, tenue secrète » (Article 274) et décide par décret. Une fois déclarée admissible, l'action se

poursuit devant le même tribunal, lequel décide sur la demande. La norme a pour but de protéger les parties intéressées contre les actions dénuées de fondement ou intentées comme moyen de vexation (termes de l'arrêt). Elle viole les Articles 3, 24 et 30 de la Constitution. L'enquête préalable constitue une phase dénuée d'utilité étant donné que la double phase prolonge sans justifica-

tion suffisante un examen qui peut être effectué par le tribunal compétent pour juger de tous les aspects de la prétention du demandeur. L'évolution de la biologie permet d'avoir la preuve positive ou négative de la paternité ou maternité dans un espace de temps très bref, ce qui permet de respecter le principe du délai raisonnable énoncé par les Articles 3 de la Constitution et 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Note : La doctrine, unanime depuis longtemps, considérait l'Article 274 comme une « branche desséchée » du système juri-

dique introduit au 19^e siècle par le législateur (et jamais supprimé), ancré dans la tradition et toujours prêt à discriminer les enfants nés hors-mariage. Il arrivait parfois qu'un enfant encore d'âge scolaire soit astreint à attendre des années avant de se voir reconnu le droit de recevoir du parent naturel l'assistance nécessaire à son instruction sans avoir recours à l'intervention de proches ou d'une institution publique. Suite à cette décision, quelques dizaines de procédures seront automatiquement transférées à la phase du fond et les décisions seront rendues dans les plus brefs délais.

*Concerne :
Contrôle de la régularité de la phase des enquêtes préliminaires par un juge indépendant et impartial*

Cour constitutionnelle, 16 juin 2005, ordonnance n° 236 – Réf. : Guida al Diritto, 2005, n° 29, p. 76, Giurisprudenza Costituzionale, 2005, vol. 3, p. 2045

L'audience préliminaire, qui a lieu sans la présence du public, constitue la première phase de la procédure, après l'information. Elle se déroule devant une juridiction de jugement et précède les débats en audience publique.

Le juge appelé à présider l'audience contrôle le bien-fondé de l'accusation formulée par le Ministère public et prononce un décret de renvoi en jugement ou un non-lieu. Il s'agit d'une garantie essentielle pour assurer un procès équitable aux termes des Articles 3 de la Constitution et 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, étant donné que l'audience marque le passage à la compétence d'un juge indépendant et impartial, avec la présence d'un défenseur ayant le droit de contredire, de demander la citation de témoins, de rapporter la preuve d'un fait justificatif, de présenter des pièces à conviction.

Un fois constatée la nécessité de renvoyer l'inculpé à la juridiction de jugement, la procédure demeure dans la phase de la juridiction de jugement, même si pendant les débats le Ministère public formule une accusation plus grave, imposant le transfert de la procédure à la Cour d'assises. L'audience préliminaire ne doit faire défaut, sous peine de nullité de la procédure subséquente.

Note : En 1999, les principes du procès équitable énoncés à l'Article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ont été insérés dans l'Article 3 de la Constitution, lequel reproduit pratiquement l'Article 6 de la Convention. Immédiatement après, un bon nombre d'articles du Code de procédure pénale ont été modifiés dans le but de mettre en œuvre les nouveaux principes. L'audience préliminaire qui a lieu avant la saisine de la juridiction de jugement est devenue un moment fondamental de la procédure. Elle permet à la juridiction de jugement indépendante et impartiale de contrôler la régularité de la phase initiale, d'évaluer les éléments apportés par le Ministère public et la défense, d'ordonner éventuellement leur intégration, de prononcer un non-lieu si le renvoi n'est pas justifié. La présence de l'inculpé et le respect de la contradiction revêtent un caractère essentiel pour le déroulement de l'audience.

*Concerne :
Modalités d'exécution des peines de détention*

Cour constitutionnelle, 1^{er} juillet 2005, ordonnance n° 255/2005 – Réf. : Diritto Diritto e Giustizia, 2005, n° 34, p. 79

Le législateur a confié à un collège de trois juges, assisté par deux experts choisis en fonction de leurs compétences spécifiques, la tâche de décider, au lieu du juge unique de l'application des peines – normalement compétent – des modalités d'exécution de certaines peines devenues définitives. Il s'agit d'une série d'exceptions expressément énumérées par la loi, par exemple pour décider sur la détention domiciliaire, la libération conditionnelle ou anticipée, la réduction de la peine, la révocation d'un bénéfice.

Par conséquent, ne viole pas les Articles 3 et 27 de la Constitution (égalité de traitement de tous les citoyens) la décision prise par un collège de trois juges, assistés de deux experts, qui, conformément à l'Article 47 de la loi n° 354/1975 sur le régime pénitentiaire, rejette la requête de sortie d'un établissement pénitentiaire et d'assignation à la détention domiciliaire présentée par un détenu considéré socialement dangereux et qui doit encore purger plus de quatre ans de peine de détention.

Note : La décision de la Cour constitutionnelle mérite d'être mentionnée en considération des doutes soulevés par la loi sur le régime pénitentiaire, laquelle a privé le juge de l'application des peines d'une partie de sa compétence en raison de l'importance de certaines mesures et de considérations de maintien de l'ordre public. Il a été fait observer, dans le rapport de la commission parlementaire, qu'un examen soigneux du comportement du prévenu, de sa santé et de ses possibilités de resocialisation, effectué à la suite d'un échange de vues entre cinq

personnes, dont deux dotées d'expériences et de capacités professionnelles particulières, était à même de mieux répondre aux exigences de la situation. Une partie de la doctrine a répliqué que le juge de l'application des peines suivait, normalement, jour par jour, la vie de l'établissement pénitentiaire, et donc des détenus, ce qui lui donnait une capacité suffisante de choisir la juste mesure. L'arrêt confirme le choix du législateur, mais les discussions sont encore en cours.

*Concerne :
Renouvellement de
l'instruction définitive
en cas de remplacement
d'un juge*

**Cour constitutionnelle, 23 décembre 2004, ordonnance n° 418/2004 –
Réf. : *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, vol. n° 6, p. 4443**

Aux termes des Articles 511, 525 et 526 du Code de procédure pénale, si un membre d'un collège chargé de décider sur une affaire pénale est remplacé par un autre juge pendant la phase des débats, avant la décision, l'instruction définitive doit être renouvelée quand l'une des parties au procès le demande. Le principe est applicable aussi au cas où la direction des débats est confiée à un juge unique. Le renouvellement est laissé à la volonté de la partie qui le demande.

De même, si l'une des parties demande l'acquisition d'éléments supplémentaires de preuve ou la répétition d'un acte d'instruction et que la requête est nécessaire pour la décision, le délai supplémentaire requis n'est pas sanctionnable, à condition que le juge en donne une justification suffisante. Le principe d'un procès dans un délai raisonnable, énoncé par l'Article 3 de la Constitution, d'importance capitale, doit trouver un juste équilibre avec les droits de la défense et ceux des autres parties, garantis, eux aussi, par la Constitution et la

Convention européenne des Droits de l'Homme.

Note : La décision de la Cour constitutionnelle touche un problème sur lequel la doctrine et quelques décisions des juges de fond ont exprimé des opinions non concordantes. L'assemblée plénière de la Cour de cassation a affirmé, en 2002, que le principe du délai raisonnable énoncé par l'Article 3 de la Constitution n'était pas absolu et qu'il pouvait y être dérogé exceptionnellement, quand l'une des parties formule une requête raisonnable et dûment motivée, en tout cas pour le temps strictement nécessaire.

La décision de la Cour constitutionnelle évoque la jurisprudence de la Cour et la confirme, après avoir souligné que les droits de la défense ne peuvent être méconnus quand leur protection est nécessaire.

En conclusion, le principe du respect du délai raisonnable doit être évalué sur la base d'une appréciation « raisonnable » des activités nécessaires pour arriver à une juste solution de l'affaire.

*Concerne :
Clôture des enquêtes
préliminaires par une
procédure contradictoire*

**Cour de cassation, assemblée plénière des chambres pénales, 30 mars 2005, arrêt n° 12283 – Réf. :
Guida al Diritto, 2005, n° 16, p. 71, *Cassazione penale*, 2005, vol. 6, résumé n° 742**

La contradiction constitue un élément essentiel au déroulement d'un procès équitable, auquel on ne peut renoncer, quel que soit le résultat de l'enquête préliminaire. Par conséquent, le juge d'instruction, une fois achevée la phase de l'information, ne peut rendre une décision d'acquiescement ou de renvoi aux débats *de plano* ; il doit renvoyer l'inculpé à l'audience préliminaire, au cours de laquelle la contradiction a lieu avec la participation de l'inculpé, de son défenseur, du Ministère public et de la partie civile. Ces derniers peuvent prendre connaissance, avant l'audience, du dossier déposé au greffe et présenter des mémoires, qui sont communi-

qués au Ministère public et aux autres parties, dans un délai fixé par le juge.

L'Article 129 du Code de procédure pénale établit que le juge peut rendre « sans délai » une décision d'acquiescement en tout état de la procédure, mais la norme doit être interprétée dans le sens que l'audience préliminaire doit avoir lieu avant la décision d'acquiescement ou de renvoi aux débats. La contradiction assure aux parties la possibilité de faire valoir leurs droits et doit être considérée comme une garantie essentielle d'un procès équitable.

Note : Les chambres réunies de la Cour ont réglé une divergence entre les juges du

fond en réaffirmant que l'audience devait avoir lieu quel que soit le résultat de l'enquête préliminaire. A l'audience préliminaire, les parties se trouvent l'une face à

l'autre pour la première fois et la contradiction peut avoir lieu dans toute son envergure, oralement et en position d'égalité.

*Concerne :
Troubles de la personnalité et responsabilité pénale*

Cour de cassation, assemblée plénière des chambres pénales, 8 mars 2005, arrêt n° 9163 – Réf. : *Diritto e Giustizia*, 2005, n° 14, p. 53 (avec commentaire d'un magistrat de la Cour)

Les anomalies de comportement ayant une influence négative sur la compréhension et la volonté ne dérivent pas toutes d'un dommage cérébral ou d'une maladie mentale mais peuvent résulter de troubles de la personnalité tels que les prévoient les Articles 85, 88 et 89 du Code pénal. Il appartient au juge d'identifier le lien étiologique entre le trouble et l'acte criminel et d'évaluer son influence sur l'imputabilité de l'acte, tout en tenant compte que la personne peut garder son jugement et son auto-détermination dans certains de ses comportements tandis que d'autres sphères de son activité intellectuelle sont complètement bouleversées.

Les anomalies de caractère ou les réactions de type « déconnection », même si elles ont une incidence sur le comportement, en principe n'altèrent pas la capacité d'auto-

détermination ni n'entraînent une dégénérescence des facultés mentales. Elles peuvent seulement influencer sur le degré de responsabilité et donc d'imputabilité.

Note : On sait que la psychiatrie n'a pas encore donné toutes les explications claires et suffisantes sur la notion de maladie mentale. La Cour d'appel avait reconnu que le prévenu était atteint de troubles de la personnalité n'entraînant pas une incapacité mentale de la compréhension et de la volonté. La Cour de cassation, consciente des contradictions existant dans le domaine scientifique, a renvoyé l'affaire à la Cour d'appel pour un nouvel examen, par un arrêt longuement motivé, évoquant les opinions consolidées pouvant donner lieu à réflexion et à une application pratique.

*Concerne :
Délai de préparation de la défense en cas de décès du défenseur pendant la phase de la cassation*

Cour de cassation, assemblée plénière des chambres civiles, 9 juin 2005, ordonnance n° 19902 – Réf. : *Diritto e Giustizia*, 2005, n° 41, p. 16

A la suite du décès du défenseur pendant la phase de la cassation, l'audience fixée pour l'examen du pourvoi doit être renvoyée et le demandeur avisé « à la personne ». Les débats en l'absence du défenseur peuvent causer un préjudice grave aux intéressés étant donné que seul le défenseur connaît l'affaire et peut illustrer oralement les motifs du pourvoi, après que le Procureur Général ait exprimé son avis. Souvent, le demandeur n'a pas assez de temps pour s'adresser à un autre défenseur et lui faire prendre connaissance des actes. Aux termes de l'Article 3 de la Constitution et 6 de la Convention européenne des Droits

de l'Homme, chaque partie a le droit de disposer du temps nécessaire à la préparation de sa défense, principe qui impose le renvoi du débat.

Note : Avant cette décision de l'Assemblée plénière, les chambres civiles avaient affirmé que le décès du défenseur n'entraînait pas une interruption de la procédure ni un simple renvoi, étant donné que la procédure du pourvoi se déroule « d'office », sans intervention des parties intéressées.

On notera que la Cour a ordonné de notifier la décision « à la personne ».

*Concerne :
Limites au principe de la publicité des débats*

Cour de cassation, assemblée plénière des chambres civiles, 20 avril 2004, ordonnance n° 7585 – Réf. : *La Giustizia civile*, 2005, n° 4, 1^e partie, p. 1059

Aux termes des Articles 3 de la Constitution, 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et 14 des Pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques, le principe de la publicité des débats en audience devant les juridictions ordinaires peut trouver des limitations, pour une série de raisons qui touchent directement l'intérêt de certaines catégories de personnes ou de la justice.

Il appartient au juge qui dirige les débats d'évaluer la situation et d'interdire à

la presse, au public ou à certaines personnes l'accès à la salle d'audience. La décision, confiée à son pouvoir discrétionnaire, doit être dûment motivée, de façon à permettre un contrôle de la légitimité des différentes phases du procès.

La publicité est prescrite, normalement, pour les procédures qui ont lieu devant les autorités juridictionnelles et les autres autorités indiquées par le législateur en considération d'intérêts prééminents concernant l'exercice de la justice. En revanche, la

procédure disciplinaire conduite par le Conseil de présidence de la justice administrative ne prévoit pas la publicité des débats, même si la décision est précédée d'une phase contradictoire destinée à garantir les droits de la défense.

Note : La Cour de cassation confirme que l'applicabilité du principe de la publicité, élément essentiel de tout procès équitable, peut trouver des limites.

En l'espèce il s'agissait d'une poursuite disciplinaire engagée contre un magistrat de l'ordre administratif qui, dans son

recours, sans contester la nature d'organe administratif du Conseil de discipline de la présidence du Conseil d'Etat, avait déduit que la discussion de l'affaire devait avoir lieu de façon contradictoire, en public, comme devant les juridictions ordinaires.

Des auteurs ont fait observer que l'élément de publicité devait être imposé chaque fois que la discussion a lieu dans le respect de la contradiction, sans considérer la nature de l'autorité qui décide, sauf, naturellement, les restrictions de caractère général.

*Concerne :
Fonctions du Procureur général de la Cour d'appel de garant des droits de tous les citoyens*

Cour de cassation, assemblée plénière des chambres pénales, 15 juin 2005, arrêt n° 22531 – Réf. : Cassazione penale, 2005, résumé n° 1227

Le Procureur général de la Cour d'appel de chaque district judiciaire a la tâche de garantir une bonne administration de la justice et de veiller au respect des principes régissant le déroulement des procédures, tels que la contradiction, l'égalité des parties, l'impartialité des juges, le délai raisonnable. En même temps, il assure une protection des personnes lésées par la violation de la loi pénale.

L'Article 593 du Code de procédure pénale, aux termes duquel le Ministère public peut interjeter appel contre les décisions de condamnation ou d'acquiescement, doit être considéré comme un pouvoir du Procureur général d'intervenir à l'égard de toute décision rendue dans son ressort, donc aussi des jugements rendus par les juges de paix.

Note : L'Article 593 du nouveau Code de procédure pénale, édicté en 1988, se limite à affirmer que le Ministère public « peut interjeter appel », sans aucune autre

explication, ce qui a donné lieu à une interprétation controversée. La doctrine, en particulier, se rapportant à un principe ancré dans la tradition, a affirmé que le pouvoir d'interjeter appel appartenait seulement au Ministère public auprès du tribunal qui a rendu le jugement.

La tendance générale qui a prévalu avec le nouveau Code, selon laquelle le Procureur général de la Cour d'appel remplit la fonction de garant des droits des citoyens du district, a induit bon nombre de juges et une partie de la doctrine à affirmer un pouvoir général d'appel à l'égard de toutes les décisions du district. La Cour de cassation, après deux arrêts rendus dans les années 90, conformes à la tendance traditionnelle, s'est alignée sur la nouvelle tendance, en considération de la fonction de garant remplie.

Le changement de jurisprudence a été exprimé solennellement par l'Assemblée plénière de la Cour.

*Concerne :
Droits de la défense et du Ministère public en matière de preuves dans la procédure abrégée devant le juge unique*

Cour constitutionnelle, 24 juin 2005, ordonnance n° 245 – Réf. : Diritto e Giustizia, 2005, n° 27, p. 91, Giurisprudenza costituzionale, 2005, vol. 3, p. 2127

La procédure abrégée devant le tribunal statuant à juge unique se termine normalement à la clôture de l'audience préliminaire. Toutefois, elle n'exclut pas le droit du défenseur et du Ministère public de produire des éléments de preuve ultérieurement au cours des débats. La production des preuves et une contradiction effective constituent des valeurs constitutionnelles, auxquelles on ne peut déroger, quitte à ajourner l'audience.

Bien loin de se limiter à l'examen des actes acquis, le juge doit évaluer les nouveaux éléments et admettre les parties à contredire *ex adverso* et ordonner, même d'office, des mesures d'instruction.

Par conséquent l'Article 441bis ne viole pas l'Article 3 de la Constitution, énonçant les principes du procès équitable.

Note : L'Article 438 du Code de procédure pénale affirme que l'accusé peut demander à être jugé à l'audience préliminaire de la procédure abrégée sans délais, sauf la nécessité d'un supplément d'instruction, explicitement régie par l'Article 441bis. La jurisprudence a estimé que l'énoncé de la norme était clair et justifié. En revanche, certains juges ont considéré contradictoire la prévision d'une procédure abrégée et la possibilité d'intégrer l'instruction définitive, mais la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle ont toujours rejeté les doutes.

*Concerne :
Acquisition de
nouveaux éléments de
preuve en appel*

Cour de cassation, 7 avril 2004, arrêt n° 4134 – Réf. : La Giustizia penale, 2005, vol. 3, p. 516

L'Article 603 du Code de procédure pénale prévoit qu'en degré d'appel le juge peut estimer nécessaire d'acquérir de nouveaux éléments de preuve. Ledit Article, interprété à la lumière de l'Article 3 de la Constitution, justifie de revoir la preuve lorsque de nouveaux éléments sont découverts tardivement, par exemple à la suite

d'une enquête ultérieure de la police après le début du procès. Le juge en décide par ordonnance motivée ou d'office.

S'il s'agit de l'audition d'un témoin ou de la répétition de son témoignage, celui-ci sera entendu de façon contradictoire avec les autres parties au procès, conformément à la règle générale.

*Concerne :
Domaine d'application
du principe du dédom-
magement de la viola-
tion du délai
raisonnable*

Cour de cassation, 30 août 2005, arrêt n° 17499 – Réf. : Diritto e Giustizia, 2005, n° 38, p. 36

La loi n° 89 du 24 mars 2001 intitulée « Satisfaction équitable en cas de violation du délai raisonnable » est applicable à toutes les procédures contentieuses, sans aucune exclusion, et donc aux procédures engagées en matière d'impôts devant les commissions fiscales.

La loi sanctionne les conséquences d'une procédure trop longue violant le principe du délai raisonnable énoncé à l'Article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Une interprétation correcte de la volonté du législateur exclut le droit à une satisfaction dans l'hypothèse d'une procédure engagée sans fondement.

Note : La Cour de cassation confirme que le domaine d'application de la loi ne concerne que les conséquences de la durée excessive d'une procédure, ce qui a déjà été affirmé dans les arrêts n°s 1338 et 1339/2004 de l'Assemblée plénière.

La doctrine est unanime à cet égard, considérant la clarté de la loi, qui dit qu'« une satisfaction équitable est due à celui qui a subi un dommage patrimonial ou non patrimonial à la suite d'une procédure qui s'est prolongée au-delà d'un délai raisonnable, en violation de l'Article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. »

La mesure de la satisfaction est confiée au juge compétent, lequel se conforme aux règles énoncées par le Code civil. Le Parlement veut poursuivre le but de libérer la Cour de Strasbourg d'un encombrement des affaires, tout spécialement lorsque la situation ne peut donner lieu à aucun doute sur la violation.

Les arrêts rendus en 2004 ont aussi précisé que la durée excessive d'une procédure entraînait « normalement », pour les parties, une souffrance psychologique, cause d'un dommage moral justifiant une compensation.

*Concerne :
Evaluation de toutes les
phases de la procédure
dans l'appréciation de
la violation du délai
raisonnable*

Cour de cassation, 7 septembre 2005, arrêt n° 17838 – Réf. : Diritto e Giustizia, 2005, n° 37, p. 15

Le juge qui est saisi d'une demande de satisfaction équitable – pour un dommage matériel ou moral – en conséquence de la violation du délai raisonnable doit, conformément aux termes de la loi n° 89 du 24 mars 2001, tenir compte, dans l'appréciation du fondement de l'argumentation du demandeur, de la durée de toutes les phases de la procédure, considérées dans leur ensemble (en l'espèce, une procédure pénale conclue en cour d'appel depuis treize ans). L'évaluation doit être « synthétique et globale », en conformité avec les principes énoncés par la Cour européenne des Droits de l'Homme.

Le dommage moral est une conséquence « normale », ni automatique ni nécessaire, de la durée excessive, à charge pour la partie adverse de démontrer le contraire.

L'Administration de la Justice, en tant que défendeur, est admise à opposer l'absence de préjudice et à produire les éléments de preuve en ce sens.

Note : C'est le deuxième arrêt rendu en 2005 sur les critères d'appréciation de la loi prévoyant le droit d'obtenir une satisfaction équitable en faveur des victimes de procès ayant violé le délai raisonnable

Les termes plutôt génériques employés par le législateur donnent, de temps en temps, aux parties l'opportunité de soulever des doutes ou de proposer des interprétations différentes.

L'arrêt est longuement motivé et évoque les principes élaborés par la jurisprudence de la Cour européenne sur l'Article 6 de la Convention.

Articles 6 et 13 de la Convention

Concerne :

Validation par l'autorité judiciaire des mesures de prévention de la violence dans les stades entraînant une restriction à la liberté personnelle

Cour de cassation, assemblée plénière des chambres pénales, 27 octobre 2004, arrêt n° 44273 – Réf. : Diritto penale e processo, 2005, n° 4, p. 433

Aux termes d'une loi édictée en 1989, le préfet de police peut empêcher, pour une période n'excédant pas trois ans, les personnes qui ont participé activement à des épisodes de violence, voies de fait ou destructions dans des stades à l'occasion de compétitions sportives de se rendre dans des endroits où ont lieu des compétitions. Les intéressés doivent se présenter dans les bureaux locaux de la police aux heures de compétition pour faire contrôler leur absence des stades. La mesure doit être confirmée d'urgence par le juge des enquêtes préliminaires, lequel a le devoir de vérifier les conditions justifiant la restriction de liberté personnelle.

Cette mesure de prévention de la violence dans les stades entraînant une restriction à la liberté personnelle protégée par l'Article 13 de la Constitution – aux termes duquel toute restriction doit être appliquée par un acte motivé de l'autorité judiciaire et dans les seuls cas prévus par la loi – elle doit être dament motivée. Le décret doit indiquer les raisons justifiant la restriction, telles que les antécédents de l'intéressé, sa tendance à la violence, les infractions de nature pénale qu'il a encourues. Par ailleurs, l'intéressé doit avoir le droit de se défendre et d'utiliser les voies de recours prévues par la loi. L'Article 6 de la loi n° 401 du 13 décembre 1989 sus-citée, en ne prévoyant pas la motivation du décret de validation de la mesure, viole les Articles 13 de la Constitution et 6 et 13 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Note : Les épisodes de violence qui se sont succédés au cours des années 70 et 80 ont amené le Parlement à édicter la loi de 1989 sus-citée. La doctrine a manifesté son approbation des nouvelles normes ayant pour but de combattre la dangerosité sociale des manifestations d'intolérance. En même temps, il a été fait remarquer que la mesure entraînait une restriction de la liberté personnelle, déclarée inviolable par l'Article 13 de la Constitution, aux termes duquel toute forme de limitation de la liberté est admise « par un acte motivé de l'autorité judiciaire et dans les seuls cas et sous les seules formes prévus par la loi ». Quelques juges ont initialement affirmé que l'intervention de l'autorité judiciaire devait se limiter au contrôle du respect des formalités prévues par la loi, mais la doctrine, unanime, et un bon nombre de décisions judiciaires ont fait remarquer que cela revenait à attribuer à l'autorité de police un pouvoir définitif de limitation de la liberté individuelle, sans respect du droit fondamental de défense et de contradiction. La Cour de cassation a interprété la loi à la lumière du principe général énoncé par l'Article 13 de la Constitution et en conformité avec les principes énoncés par la Cour de Strasbourg, lesquels ont été évoqués au cours des travaux de la Commission législative du Parlement mais n'ont pas été respectés au moment de la formulation de la norme.

Articles 6 et 14 de la Convention

Concerne :

Audition des témoins frappés de maladie mentale

Cour constitutionnelle, 29 janvier 2005, arrêt n° 63 – Réf. : Giurisprudenza costituzionale, 2005, n° 1, p 596, Cassazione penale, 2005, n° 6, p. 1832

Les Articles 398 et 498 du Code pénal prévoient l'adoption de mesures de précaution pour l'audition d'un mineur de 16 ans, tout spécialement lorsqu'ils sont appelés à témoigner en matière de délits sexuels, afin d'éviter la gêne due à la nature des faits jugés ou en raison du rapport de parenté qui rend plus difficile le fait de porter une accusation ou de témoigner. En revanche, aucune mesure de protection et de prudence n'est prévue en faveur du témoin frappé de maladie mentale. L'adoption de telles mesures est laissée à la discrétion du juge, qui peut les rejeter, à la seule condition de justifier son refus.

Il faut donc admettre que les deux normes violent les Articles 2, 3 et 32 de la Constitution, qui prévoient le devoir de solidarité et de respect de la personnalité de tout individu, sans aucune distinction. La réalité d'un procès pénal, surtout pour un fait choquant, peut entraîner un stress émotif et une atteinte à l'intégrité physique et psychique d'un malade mental.

Note : C'est sans hésitations, et avec des expressions incisives, que la Cour a relevé l'inégalité de traitement réservée au malade mental. Dans les années 90, quelques juges avaient mis en évidence la violation

des principes énoncés par la Constitution, sans soulever la question de la constitutionnalité.

Articles 6 de la Convention et 2 du Protocole n° 7

*Concerne :
Exclusion de l'appel
contre les condamnations à des peines de détention réduites à l'encontre d'un prévenu qui a renoncé à la contradiction*

Cour de cassation, assemblée plénière des chambres pénales, 6 octobre 2005, arrêt n° 36084/2005 – Réf. : Diritto e Giustizia, 2005, n° 39, p. 40

Lorsque le juge prononce une peine de détention dans la mesure réduite demandée par un prévenu qui a renoncé à la contradiction, l'appel contre le jugement n'est pas admis, même si le Ministère public a exprimé son dissentiment sur la requête.

Une peine de détention infligée dans la mesure demandée représente un bénéfice pour le prévenu étant donné que les débats n'ont pas lieu et que la peine prévue par la loi, conformément à l'Article 444 du Code de procédure, est réduite jusqu'à un-tiers et ne dépasse pas les deux ans. La décision rendue est considérée, à tous égards, comme une condamnation.

Note : L'Assemblée plénière des chambres de la Cour a mis fin à des doutes et avis

contradictoires, qui duraient depuis quelques années, sur l'interprétation de la loi pénale. Si le prévenu reconnaît sa responsabilité et demande l'application d'une peine réduite, le juge peut en décider ainsi. Il s'agit, comme quelques auteurs l'ont souligné, d'un « cadeau » de la loi, qui, en contrepartie, exclut l'appel.

Des auteurs ont objecté que l'acceptation de la peine n'excluait pas que la motivation du jugement puisse exprimer des appréciations dommageables aux intérêts de l'accusé, propres à justifier un appel, sous peine de violer le droit à un double degré de juridiction énoncé par l'Article 2 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Article 8 de la Convention

*Concerne :
Droit de garde des enfants*

Cour de cassation, 9 juin 2005, arrêt n° 12169 – Réf. : Guida al diritto, 2005, vol. 26, p. 22

Le droit de l'enfant de grandir dans un milieu familial doit être évalué par rapport aux possibilités réelles lui permettant de vivre sous la garde de ses parents, condition indispensable à son développement physique et intellectuel. Ce droit doit prévaloir sur le droit de son père de consentir à l'expatriation. Par conséquent, il faut affirmer le droit du mineur de quitter le Maroc et de rejoindre sa mère, qui a des moyens suffisants pour assurer un logement et une vie familiale stable. Leur réunion réalise le droit au respect de la vie familiale énoncé par l'Article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et par la Convention de New-York de 1989 sur les droits de l'enfant ainsi que par l'Article 30 de la Constitution italienne, aux termes

desquels les enfants ont le droit d'être entretenus, instruits et élevés sous la protection juridique et morale de leurs parents, autant que possible dans un milieu familial.

En l'espèce le père du mineur, divorcé de sa mère et remarié, n'avait jamais pourvu ni à l'entretien ni à l'éducation de son fils et ne lui accordait pas son consentement à l'expatriation.

Note : La Cour de cassation n'hésite pas à reconnaître la priorité du droit de l'enfant à vivre chez sa mère une fois que son père l'a abandonné. La motivation souligne le manque de sens des responsabilités d'un père, qui prive son fils des liens affectifs qui lui sont essentiels dans les premières années de sa vie.

*Concerne :
Droit à dédommagement du partenaire non marié en cas d'accident*

Cour de cassation, 29 avril 2005, arrêt n° 8976 – Réf. : Diritto e Giustizia, 2005, juin 2005, p. 87, Lessico di diritto di famiglia, 2005, n° 3, p. 103

L'homme qui habite avec une femme *more uxorio* a le droit de déposer une demande de dédommagement pour les dommages moraux et physiques subis par celle-ci à la suite d'un accident de la route. Il doit démontrer l'existence d'une vie commune et d'un lien affectif notoire, stable et continu permettant d'imaginer les répercussions importantes que l'accident a eues dans sa vie. Le droit à dédommagement du partenaire non marié d'une union stable est

déjà reconnu en matière de pensions de guerre et d'accidents de travail.

Note : Le Code civil ignore l'union de fait, qu'elle considère dénuée d'effets juridiques. Toutefois, le législateur a tenu compte de l'union de fait dans certaines situations, pour y attacher des droits et des devoirs : par exemple, le droit à la prorogation du bail en cas de décès du cohabitant, la reconnaissance de la qualité d'ayant-droit en matière d'assurances sociales, le droit à

pension militaire pour le cohabitant mort à la guerre. La Cour de cassation a pris acte de l'ouverture du législateur à l'égard d'une vie commune stable dans certaines situations méritant protection et applique, par analogie, le principe en matière de dédommagement en faveur de la personne qui a subi une

répercussion grave d'une longue période de maladie et de souffrances de sa compagne ou de son compagnon. Les premiers éléments de doctrine commentent favorablement l'arrêt, soulignant l'importance sociale de l'ouverture à la famille de fait.

*Concerne :
Droit de l'enfant
naturel adopté à
connaître l'identité de
sa mère biologique*

**Tribunal administratif de la Région Marche, 7 mars 2002, arrêt n° 215 –
Réf. : Vita notarile, 2005, n° 1, p. 155**

La loi n° 184 du 4 mai 1983 sur l'adoption des mineurs et leur placement en vue d'une adoption prévoit le droit d'une personne, en principe, d'accéder aux actes de l'état-civil concernant son origine, si la demande de connaître ses racines biologiques paraît raisonnable et digne de protection juridique.

La mère naturelle n'a pas un droit absolu à l'anonymat, à moins qu'elle n'en ait exprimé la volonté dans l'acte de naissance. Faute d'une telle déclaration, l'enfant naturel abandonné par sa mère au moment de sa naissance et élevé dans une institution d'assistance publique a le droit d'obtenir une copie des déclarations contenues dans l'acte de naissance déposé à l'état-civil. En revanche, l'enfant naturel n'a pas le droit de connaître l'identité de sa mère naturelle si, après sa naissance, il a été adopté. Dans ce cas, l'identité du parent naturel est susceptible de troubler le développement éducatif et psychologique du mineur et ses relations avec ses parents adoptifs. Il faut aussi considérer la possibilité que le parent naturel

demande à connaître l'enfant et à nouer avec lui des relations affectives, même si celui-ci a été adopté, ce qui peut entraîner un grave préjudice pour le mineur.

Note : La décision du Tribunal administratif touche à un problème très délicat, sur lequel la Cour européenne des Droits de l'Homme a déjà exprimé son avis dans l'arrêt Odièvre c/ France du 13 février 2003, à savoir la co-existence des intérêts opposés de la mère naturelle à défendre son anonymat et de l'enfant à connaître ses origines biologiques. La loi est arrivée à un compromis, qui a suscité des réactions positives et négatives. La loi de 2001 a ouvert un passage dans le mur – considéré jusque là comme impénétrable – entre enfant adopté, famille adoptive et parents biologiques. Récemment, le tribunal pour enfants de Florence a soulevé la question de la légitimité constitutionnelle de la limitation imposée à l'enfant naturel adopté. Dans les mois à venir, la Cour constitutionnelle tranchera cette question et sa décision donnera lieu à une vaste polémique.

Articles 8 et 10 de la Convention

*Concerne :
Ingérence de la presse
dans la vie privée*

Organisme garant de la protection des données sensibles, Décision du 28 octobre 2005, communiqué n° 265 – Réf. : Diritto e Giustizia, 2005, n° 42, 19 novembre 2005, p. 9

La publication d'une série de photographies et d'informations propres à permettre l'identification d'un garçon adopté par sa mère naturelle et les vicissitudes, souvent malheureuses, du mineur et de son grand-père viole le Code déontologique des journalistes.

L'information doit être susceptible d'intéresser le public, de respecter la vérité et la dignité de toute personne, la morale, l'impartialité, l'ordre public, le libre développement des mineurs, valeurs qui, dans leur ensemble, donnent au citoyen la possibilité d'exercer la liberté de penser et d'agir

et de choisir entre les différents points de vue et orientations culturelles.

Note : Les limites énoncées par la loi n° 69/1963 se fondent sur la considération que l'information publiée dans un journal jouit d'une influence particulière sur l'opinion publique, tout spécialement s'il s'agit d'un journal à gros tirage. La Cour constitutionnelle a récemment affirmé (arrêt n° 93/2000) que « le respect de la dignité de la personne humaine est une valeur constitutionnelle inviolable, qui doit caractériser le droit positif dans tous ses aspects et exige l'accomplissement des devoirs de solidarité auxquels chaque citoyen est tenu ».

Tribunal de Milan, 26 novembre 2004 – Réf. : Giustizia civile, 2005, n° 1, 1^{re} partie, p. 1383

L'orientation politico-idéologique d'une personne constitue une donnée sensible, susceptible d'être portée à la connaissance du public dans les limites imposées aux droits de la chronique et dans le respect des principes de déontologie professionnelle.

Par conséquent, un chroniqueur qui, dans un article publié dans un journal à large diffusion, attribue une orientation politique à une personne, bien connue dans le monde de la presse, laquelle avait toujours gardé le secret sur ses opinions, et ce sans justifier ou mentionner sa source d'information, viole de droit à la vie privée et doit être tenu de réparer le dommage moral.

La liberté de la presse doit respecter trois éléments : exactitude de l'information, intérêt à la faire connaître du public, correction dans la façon de l'exposer.

Note : La loi n° 196 du 30 juin 2003 a édicté un code en matière de protection des données personnelles, qui assure un niveau élevé de protection des droits et des libertés. En même temps, un bon nombre d'associations professionnelles ont modifié ou intégré leur code de déontologie. Le contrôle du respect de la vie privée est confié à un garant, organe collégial indépendant non juridictionnel, composé de quatre membres, qui peut intervenir, d'office ou sur demande des intéressés, pour dénoncer une violation de la loi et décider, s'il y a lieu, des mesures nécessaires à son élimination.

Cela n'exclut pas la compétence civile et pénale de l'autorité judiciaire, en conformité avec les principes généraux.

Articles 8 de la Convention et 1 du Protocole n° 12

Concerne : Attribution du droit d'habitation d'un logement à l'enfant naturel d'un père divorcé

Cour constitutionnelle, 21 octobre 2005, arrêt n° 394/2005 – Réf. : Diritto e Giustizia, 2005, n° 40, p. 18

La personne divorcée qui a obtenu de la part d'une institution publique l'attribution du droit d'habiter un logement en considération de sa vie en commun avec un enfant a le droit de jouir du logement et de transcrire son attribution sur les registres publics même si l'enfant est naturel. La qualité d'enfant naturel placé chez son père divorcé n'a aucune influence négative sur les droits de son père, étant donné que les enfants naturels ont les mêmes droits que les enfants légitimes. Les discriminations touchant l'enfant naturel violent les Articles 3 et 30 de la Constitution, d'après lesquels tous les citoyens ont une

même dignité sociale et sont égaux devant la loi.

Note : Il arrive, comme en l'espèce, que les juges rappellent que, désormais, la condition d'enfant fait abstraction du statut et qu'ils soulèvent la question de la constitutionnalité de normes discriminatoires. En 1998 déjà, la Cour constitutionnelle avait affirmé que « le mariage ne constitue plus une cause de discrimination à l'égard des enfants naturels ». L'arrêt confirme, en termes clairs, l'égalité des enfants naturels et légitimes devant la loi.

Articles 8 de la Convention et 5 du Protocole n° 7

Concerne : Principes régissant l'adoption et le placement des mineurs

Cour de cassation, 14 mai 2005, arrêt n° 10126/2005 – Réf. : Guida al Diritto, 2005, n° 25, p. 22

La loi n° 184 du 4 mai 1983 sur l'adoption et le placement familial des mineurs affirme l'exigence primaire du mineur de vivre dans sa famille d'origine afin de maintenir les liens affectifs avec ses parents. Par conséquent, il faut assurer au mineur la possibilité d'être élevé et éduqué dans sa famille biologique, les difficultés économiques dans lesquelles les parents peuvent se trouver ne justifiant pas, à elles seules, l'ouverture d'une procédure d'adoption. L'éloignement de la famille biologique ne doit être admis qu'en cas de carence d'intérêt et d'assistance morale et matérielle

de la part des proches parents, risquant de compromettre le développement et l'équilibre physique et psychique du mineur. La présence des grands-parents renforce les liens traditionnel de la famille et doit être évaluée positivement, tout spécialement si l'on considère les espérances de vie accrues des personnes âgées du fait des progrès de la médecine.

Note : La Cour suprême, dans cet arrêt – longuement motivé – s'efforce d'interpréter le principe général énoncé par la loi, à la lumière des principes qui se sont affirmés

dans la société moderne à la suite des enseignements de la science et de la sociologie.

La situation d'abandon ou l'éloignement forcé de la famille d'origine peut créer des dommages graves et irréversibles à l'équilibre d'un enfant.

L'arrêt a annulé la décision d'une cour d'appel, qui avait sommairement motivé

une demande d'adoption sans examiner les aspects ayant une importance fondamentale pour le respect des intérêts d'un enfant, pratiquement en état d'abandon. Il s'agit d'un appel, implicite mais clair, adressé aux juges du fond à bien réfléchir sur la façon d'aborder et de résoudre les problèmes des mineurs.

Article 9 de la Convention

*Concerne :
Application de peines
plus graves pour
offenses à la religion
catholique qu'à l'égard
des autres cultes*

Cour constitutionnelle, 29 avril 2005, arrêt n° 168 – Réf. : Diritto e Giustizia, 2005, n° 20, p. 54, Guida al diritto, 2005, n° 20, p. 58, Foro Italiano, 2005, n° 9, p. 501, Giurisprudenza costituzionale, 2005, vol. 2, p. 1379

L'Article 403 du Code pénal viole les Articles 3 et 8 de la Constitution en ce qu'il établit que les offenses à la religion catholique, à ceux qui la pratiquent et aux ministres de ce culte sont punies d'une peine plus grave que les offenses aux autres cultes.

La Constitution prévoyant que toutes les confessions religieuses sont libres et égales devant la loi, sans distinction, l'Etat devrait être impartial et protéger de façon égale le sentiment religieux. De même, tout citoyen a le droit de pratiquer sa religion sans distinction de race, langue, opinion politique, condition personnelle et sociale.

Note : En 1929, l'Etat italien et le Vatican se sont accordés pour une protection particulière de l'Eglise catholique, officiellement dénommée religion d'Etat, en vertu de quoi le Code pénal a fixé une peine plus élevée pour le délit d'offense à la religion catholique. La Constitution, édictée en 1948, a introduit le principe de la laïcité de l'Etat et la Cour constitutionnelle, dans les années 90, a plus d'une fois déclaré illégitimes certaines normes prévoyant une situation privilégiée de la religion catholique.

L'arrêt réaffirme l'exigence d'impartialité et d'équilibre, clairement exprimée par les Articles 3 et 8 de la Constitution.

Article 10 de la Convention

*Concerne :
Pouvoir du juge
d'ordonner la déposition
d'un journaliste
invoquant le secret
professionnel*

Cour cde cassation, 21 janvier 2004, arrêt n° 602 – Réf. : La Giustizia penale, 2005, n° 5, p. 282

La loi pénale exclut toute hypothèse de délit à l'égard du journaliste qui, appelé en audience publique en qualité de témoin, déclare que le secret professionnel lui impose de s'abstenir de déposer sur les informations acquises dans l'exercice de sa profession.

Le droit d'abstention prévu par l'Article 200 du Code de procédure pénale constitue un choix du législateur entre les intérêts de la justice et la nécessité de protéger le secret professionnel, qui a aussi une valeur sociale prééminente. La protection s'étend à l'hypothèse où un journaliste refuse de livrer un numéro de téléphone obtenu au cours d'une enquête privée menée, de façon légitime, dans l'exercice de sa profession. L'Article 200 ajoute que le juge peut, s'il estime que les informations sont indispensables à l'acquisition de la preuve, ordonner au journaliste d'en indiquer la source.

L'interprétation de la norme figurant au Titre II du Code – consacré à la phase des débats en audience – amène à affirmer

qu'une telle possibilité est réservée au juge des débats et non au Ministère public, même si ce dernier demande au juge d'obliger la personne à déposer.

Note : Le droit du journaliste de ne pas révéler ses sources d'information a toujours été reconnu en Italie. La loi n° 69 du 3 février 1963 sur la profession de journaliste revêt une importance sociale prééminente.

L'Article 200 du Code de procédure pénale édicté en 1988 confirme le droit du journaliste d'opposer le secret professionnel, sauf si le juge des débats estime indispensable d'assurer aux actes de procédure la preuve des faits dénoncés. Certains auteurs ont douté de la légitimité de la dérogation, mais jusqu'à présent aucun juge n'a soulevé le problème de sa légitimité. En revanche, la discussion est encore en cours sur le pouvoir du Ministère public d'imposer le témoignage au cours de la phase préliminaire (lorsqu'il procède, de sa propre initiative, à la recherche des preuves du fait dénoncé). L'Article 200 ne donne ce pouvoir qu'au juge des débats et l'attribution d'un pouvoir

identique au Ministère public ne semble pas raisonnable à la majorité des auteurs compte tenu de l'importante socio-politique

d'assurer le secret professionnel aux journalistes.

Article 14 de la Convention

*Concerne :
Exclusion du droit de
l'enfant naturel de
former opposition à
l'adoption d'un majeur
demandée par un de ses
parents.*

Cour constitutionnelle, 20 juillet 2004, arrêt n° 245/2004 – Réf. : Il diritto di famiglia e delle persone, 2005, vol. 1, p. 9, Famiglia e Diritto, 2005, vol. 1, p. 5, Giurisprudenza costituzionale, 2005, vol. 4, p. 2550

L'Article 291 du Code civil viole les Articles 3 et 30 de la Constitution en ce qu'il ne reconnaît pas à l'enfant naturel majeur le droit de former opposition à l'adoption d'un majeur demandée par son parent, possibilité reconnue au conjoint et aux parents du demandeur. L'Article en question méconnaît le principe général, énoncé par la Constitution, suivant lequel enfants légitimes et naturels sont en position d'égalité vis-à-vis de leurs parents. Le droit d'intervenir dans la procédure d'adoption est assuré par la loi à ceux qui ont un intérêt à le faire valoir ; de plus, le consentement de la personne à adopter, de ses parents, du conjoint est exigé. En revanche, l'enfant naturel n'est pas pris en considération, même s'il a atteint la majorité.

Note : Le Code civil, édicté en 1942, considérait la filiation naturelle comme illégitime, conformément à une opinion ancrée

dans la tradition. Par conséquent, l'enfant né hors-mariage n'avait aucun droit à intervenir dans la procédure d'adoption menée par son parent ni à manifester son avis. Ceci viole le principe énoncé par les Articles 3 et 30 de la Constitution, aux termes desquels : (i) tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux, (ii) la loi assure aux enfants nés hors-mariage toute la protection juridique et morale compatible avec les droits des membres de la famille.

La doctrine souligne, d'un commun accord, que l'adoption d'un mineur poursuit essentiellement le but de lui garantir une assistance morale et juridique tandis que l'adoption d'un majeur tend à garantir la continuité d'un nom et, surtout, la transmission du patrimoine de l'adoptant. Ceci constitue une raison supplémentaire de reconnaître à l'enfant naturel le droit d'intervenir et de faire valoir ses droits.

Article 5 du Protocole n° 7

*Concerne :
Égalité des époux en
matière de congé
parental*

Cour constitutionnelle, 14 octobre 2005, arrêt n° 385 – Réf. : Diritto e Giustizia, 2005, n° 42, p. 16

Les Articles 70 et 72 du décret législatif n° 151 du 24 avril 2001 sur l'indemnité de maternité violent les Articles 29 et 30 de la Constitution en ce qu'ils reconnaissent seulement à la mère exerçant une activité professionnelle – et non au père – le droit de s'absenter du travail pour une période d'un an afin de s'occuper d'un enfant nouveau-né. D'après la Constitution, le mariage repose sur l'égalité morale et juridique des époux, qui ont le devoir et le droit d'entretenir, instruire et élever leurs enfants. L'application de ce principe comporte une égalité de droits et de responsabilités imposant de reconnaître cette faculté également au père lorsque la femme est dans l'impossibilité de faire face à ses tâches de mère. Il faut recon-

naître l'exigence de l'enfant de bénéficier d'un haut degré de protection, durant les premiers mois de sa vie, de la part de ses parents, lesquels ont le droit de recevoir, l'un ou l'autre, l'indemnité prévue par la loi en cas de réduction justifiée de l'activité professionnelle.

Note : La Cour constitutionnelle réaffirme un principe précédemment esquissé, à savoir que les conjoints ont les mêmes devoirs vis-à-vis de leurs enfants et doivent se suppléer lorsque l'un des deux ne peut faire face à ses obligations parentales. D'après la Cour, l'exercice d'une activité professionnelle ne peut porter atteinte au droit de participer activement, et dans une égale mesure, à la vie de la famille.

*Concerne :
Violation d'une obliga-
tion découlant du lien
existant entre membres
d'une famille*

Cour de cassation, 10 mars 2005, arrêt n° 9801/2005 – Réf. : Famiglia et Diritto, 2005, n° 4, p. 365

La famille ne peut pas être considérée comme une « institution », ancrée dans la tradition, mais comme une communauté de personnes qui ont le droit de se réaliser dans le respect réciproque de leur dignité et de leur

personnalité, en position d'égalité, conformément au principe énoncé par l'Article 3 de la Constitution.

Il en résulte qu'un conjoint, un père, un enfant peuvent être cités en justice en raison

de la violation d'une obligation découlant du lien existant entre les conjoints ou entre parents et enfants, même pour un dommage moral. L'infidélité, le refus de relations sexuelles, du devoir d'assistance, de contribuer aux charges du mariage sont autant de sources de responsabilité.

Note : L'arrêt réplique vivement aux critiques que les défenseurs avaient formulées à une certaine activité « créatrice » de la jurisprudence des juges du fond, particulièrement sensibles aux changements des relations entre les membres de la famille.

Le caractère « central » de la personne caractérise aujourd'hui la matière des relations familiales. Le point de vue de la subor-

dination des intérêts de chaque personne aux intérêts de « l'institution » s'est désormais affaibli, tandis que l'espace de l'illicéité civile s'est amplifié du fait de l'importance que le système juridique reconnaît à l'autonomie de la sphère individuelle de chaque membre et du fait du principe de l'égalité énoncé par l'Article 3 de la Constitution. Ceci est parfaitement en phase avec l'Article 5 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des Droits de l'Homme, aux termes duquel les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil. L'arrêt peut donc être considéré comme un miroir de l'évolution des coutumes en matière de relations familiales.

Luxembourg

Articles 2 et 14 de la Convention

*Concerne :
Absence d'établissement d'un acte de naissance pour les enfants décédés avant d'avoir fait l'objet d'une déclaration de naissance*

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 16 mars 2005 – Réf. : Procureur d'Etat/H. et P., n° 126/05

Faits de la cause et griefs

Conformément à l'Article 1 du décret du 4 juillet 1806, aucun acte de naissance n'est dressé lorsqu'un enfant est décédé avant de faire l'objet d'une déclaration de naissance. Cet enfant fait l'objet d'un acte d'enfant sans vie. Dans la pratique administrative, il est inscrit sous un nom, mais pas sous un prénom.

Le décret opère, dès lors, une distinction entre les enfants dont la naissance a été déclarée avant leur décès et celles dont la naissance n'a pas été déclarée. Il refuse l'établissement d'un acte de naissance aux êtres humains qui sont venus au monde et qui ont vécu, du seul fait que leur naissance n'a pas été enregistrée avant leur décès.

Cette disposition vise toute personne venue au monde qui est morte avant l'enregistrement de sa naissance. Elle ne prend en considération ni le fait que l'enfant était vivant, ni le fait qu'il a vécu, ni le fait qu'il était viable – suivant une définition légale de la viabilité ou suivant une définition médicale – ou qu'il ne l'était pas, ni le temps qui se situe entre la naissance et le décès. Elle opère donc une distinction entre les personnes suivant le critère administratif de la déclaration de la naissance préalable au décès, à l'exclusion de tout autre critère.

Le Ministère public soutient qu'en vertu du décret sus-cité, lorsqu'un enfant est sans

vie à l'époque de la déclaration, l'officier de l'état civil ne peut pas dresser un acte de naissance et un acte de décès, mais doit établir un acte d'enfant sans vie. Cette solution devrait être maintenue, même si le déclarant produit un certificat du médecin accoucheur ou de la sage-femme indiquant que l'enfant a vécu et précisant les jours et heures de la naissance et du décès.

H. aurait déclaré, le 13 juin 2004, la naissance de son fils X., né le 11 juin 2004. Le lendemain, il se serait présenté à l'officier de l'état civil pour déclarer le décès de l'enfant. A ce moment, il se serait avéré que l'enfant était décédé le 12 juin, avant la déclaration de naissance à l'officier de l'état-civil. Ce serait, dès lors, à tort qu'un acte de naissance et un acte de décès ont été établis successivement, de sorte qu'il y aurait lieu de les annuler et d'ordonner l'inscription sur les registres de décès d'un nouvel acte d'enfant sans vie.

Les époux H. et P. s'opposent à la demande du Ministère public, qui aurait pour conséquence de priver leur enfant d'un acte de naissance et d'un acte de décès et de « supprimer l'enfant dans son existence nominale ». L'acte à établir, conformément au décret de 1806, indiquerait que l'enfant est « présenté sans vie » mais n'indiquerait pas de nom.

Le droit au nom consisterait, dans le système juridique luxembourgeois, en un droit à un ou plusieurs prénoms et à un nom patronymique. La demande du Ministère public, privant l'enfant du droit à un nom, serait contraire à l'Article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme garantissant le droit à la vie privée et à la vie familiale. Le droit au nom participerait du droit à la vie familiale, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme. La demande du Ministère public serait, également, contraire à l'Article 14 de la Convention. En effet, si la naissance de l'enfant avait été déclarée aussitôt, à un moment où il était encore en vie, un acte de naissance et un acte de décès subséquent auraient pu être dressés. En l'espèce, H. a déclaré la naissance de son fils, certes, dans le délai légal, mais seulement après deux jours, à un moment où l'enfant était décédé. Il y aurait, dès lors, une discrimination non justifiée entre les deux situations décrites. Enfin, elle serait contraire à l'Article 7 de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989. Ledit article, qui prévoit que l'enfant est enregistré dès sa naissance et a le droit à un nom, serait d'applicabilité directe.

La loi luxembourgeoise sur les actes de naissance serait, d'ailleurs, en voie de modification et le nouvel Article 79-I du Code civil permettrait l'établissement d'un acte de naissance et d'un acte de décès en cas de décès d'un enfant né vivant et viable.

Articles 5, 6, 13 et 14 de la Convention

*Concerne :
Refus d'entrée et de
séjour d'un étranger*

Tribunal administratif, 9 novembre 2005 – Réf. : H./Ministre des affaires étrangères et de l'immigration, n° 19852 du rôle

Faits de la cause et griefs

Le demandeur reproche au Ministre le non-respect de l'Article 5 de la Convention européenne des Droits de l'Homme : i) en ce que l'arrêté de refus d'entrée et de séjour ne lui aurait été notifié que deux semaines après avoir été pris et moins de deux jours avant son exécution, de façon incompatible avec le droit à la sûreté, ii) en ce qu'il aurait été éloigné au Kosovo, où il risquerait de subir de mauvais traitements, (iii) en ce que son éloignement serait arbitraire, dans la mesure où il exclurait l'octroi d'une autorisation de séjour prorogeable du seul fait d'être arrivé au Luxembourg quelques mois après la date-butoir – fixée arbitrairement au

Décision du tribunal

Aux termes de l'Article 2 de la Convention, le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La protection du droit à la vie d'une personne suppose la reconnaissance de son existence juridique. Le droit à la vie implique le droit à la constatation de l'existence juridique d'une personne et à l'attribution de la personnalité juridique.

L'Article 14 de la Convention dispose que la jouissance des droits et libertés qu'elle reconnaît doit être assurée sans distinction aucune fondée sur une situation quelconque.

L'Article 1 du décret sus-cité n'assure pas le traitement égalitaire des êtres humains puisqu'il opérerait une distinction entre les êtres humains en fonction de leur situation administrative au moment de leur décès.

Il est établi que l'enfant X. a été mis au monde, qu'il était vivant, qu'il pesait 910 grammes et qu'il est décédé au bout de dix-huit heures. Par contre, il ne résulte d'aucun élément du dossier ni d'aucune disposition légale que l'enfant X. n'est pas à considérer comme être humain appelé à bénéficier des droits protégés par la Convention.

L'application de l'Article 1 du décret et l'annulation des actes de naissance et de décès de l'enfant X. en application de cette disposition constitueraient, dès lors, une violation des Articles 2 et 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Il s'ensuit que le tribunal doit rejeter la demande du Ministère public tendant à l'annulation de l'acte de naissance du 13 juin 2004 et de l'acte de décès du 14 juin 2004 de l'enfant X.

1^{er} août 2001 – pour l'introduction de la demande d'asile, qui aurait été le seul critère ayant conduit au refus d'une autorisation de séjour en sa faveur et celle de sa famille. Il considère que ce critère ne serait pas relatif à une caractéristique ou une situation personnelle de sa part, de sorte qu'il serait à qualifier de discriminatoire au sens de l'Article 14 de la Convention. Il ajoute que la même différence de traitement résultant de l'application de ce critère serait, de plus, disproportionnée et injustifiable au motif que lui-même et sa famille seraient exposés au Kosovo aux pressions de la population albanaise, qu'il s'y trouverait au chômage, que ses enfants « tous bons élèves au Grand-

Duché de Luxembourg, se retrouvent en complète perte de vue au Kosovo », son fils A. ayant même eu au Luxembourg une réelle perspective d'entamer un apprentissage, et que la situation au Kosovo serait « entre la paix et la guerre ».

Le demandeur se réfère ensuite aux Articles 6 et 13 de la Convention pour soutenir que « le caractère délibérément occulte des prises de décision et de leur mise à exécution n'a, *ab initio*, poursuivi d'autres buts que de court-circuiter les droits de la défense en entravant, autant que faire se peut, l'exercice effectif et adéquat, en pratique comme en droit, du droit de recours, pourtant accordé à tout justiciable aux termes de l'Article 13 de la Convention européenne des Droits de l'Homme » et ce au motif, essentiellement, qu'il n'aurait disposé que d'un délai de deux jours pour faire valoir sa défense contre les arrêtés litigieux. Il ajoute qu'une limitation de l'accès à un tribunal ne se concilierait avec l'Article 6 de la Convention que si elle tendait à un but légitime et s'il existait un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, mais que les circonstances de son arrestation inopinée par la police et de son expulsion démontreraient le caractère disproportionné des moyens utilisés à son encontre.

Décision du tribunal

Dans la mesure où le recours est dirigé, dans les limites de sa recevabilité, contre le seul arrêté ministériel de refus d'entrée et de séjour, qui n'ordonne aucune mesure privative de liberté à l'égard du demandeur, l'Article 5 de la Convention est seulement en cause en ce qu'il dispose, dans son paragraphe 1, que « toute personne a droit à la liberté et à la sûreté ».

En ce qui concerne, d'abord, le reproche du demandeur quant au délai trop court entre la notification de l'arrêté ministériel litigieux et son exécution, il y a lieu de constater que dans l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 18 décembre 1986 (*Bozano c/ France*, n° 5/1985/91/138) visé, à cet égard, par le demandeur, le fait, pour les autorités françaises, de notifier à la personne concernée un arrêté d'expulsion deux mois après son émission – alors même qu'elle se trouvait en détention – et de l'exécuter immédiatement à travers un transport forcé ne constituait qu'un indice parmi d'autres, dont les irrégularités des mesures prises par rapport au droit interne, pour conclure à l'existence d'une mesure arbitraire et contraire au droit à la sûreté. Or, en l'espèce, le demandeur a

fait l'objet d'un arrêté de placement non autrement atteint dans sa validité, qui a constitué la base pour son placement ; la notification des arrêtés en cause a eu lieu dès qu'il a pu être appréhendé par la police, le retard de quelques heures de la notification à son égard n'ayant été dû qu'à ses propres agissements ; il a disposé d'un laps de temps suffisant pour exercer utilement les voies de recours à sa disposition, dont plus particulièrement celle de solliciter au provisoire une mesure de sauvegarde de la part du président du Tribunal administratif. Il en découle que des indices permettant, en l'espèce, de conclure à l'existence d'une mesure arbitraire et contraire au droit à la sûreté font défaut.

Quant au volet de l'éloignement du demandeur dans une région où il allègue risquer de subir des mauvais traitements, force est de constater qu'il est resté en défaut de rapporter la preuve concrète d'un tel risque, voire de mauvais traitements effectivement subis depuis son retour au Kosovo, le 1^{er} avril 2005, soit dès avant l'introduction du recours contentieux sous examen.

Concernant, finalement, le prétendu caractère arbitraire de la date-butoir du 1^{er} août 2001 fixée par les autorités compétentes pour faire bénéficier les demandeurs d'asile déboutés d'une autorisation de séjour, il y a lieu de retenir que les autorités d'un Etat peuvent valablement fixer un critère *ratione temporis* pour déterminer une durée de séjour effectif requise afin de pouvoir obtenir une certaine faveur et qu'un tel critère a un caractère objectif pour être fonction de la seule donnée neutre de la durée du séjour, sans distinguer les personnes selon d'autres critères attachés à leur personne.

Il découle de ces développements que le moyen du demandeur relatif au non-respect par le Ministre des Articles 5 et 14 de la Convention est à rejeter.

Dans la mesure où il y a lieu de distinguer entre les voies de recours tendant à empêcher l'exécution immédiate d'une mesure et celles tendant à contester sa validité, le tribunal constate que le demandeur a pu élever, à travers le recours sous examen, ses contestations relativement à la validité des arrêtés ministériels litigieux, de manière qu'il ne justifie pas d'une atteinte à ses droits de recours à cet égard, et que, concernant les voies de recours pour interdire son éloignement immédiat, le demandeur aurait eu la faculté d'introduire une requête devant le

président du Tribunal administratif tendant à obtenir de manière urgente un sursis à exécution ou une mesure de sauvegarde afin de prévenir son éloignement en date du 1^{er} avril 2005. Par voie de conséquence, les droits de recours du demandeur à l'encontre des deux arrêtés ministériels litigieux du 18

mars 2005 n'ont pas été limités d'une manière incompatible avec les Articles 6 et 13 de la Convention par l'effet du délai entre la notification desdits arrêtés et leur exécution. Le moyen afférent du demandeur est à écarter.

Article 6 de la Convention

*Concerne :
Citation à comparaître
notifiée dans une
langue que le prévenu
allègue ne pas
comprendre*

Cour d'appel, 1^{er} février 2005 – Réf. : Réf. : Ministère public/C., n° 55/05

Les faits de la cause

X. invoque la violation de l'Article 6 de la Convention, au motif que la citation à prévenu ne lui a pas été notifiée dans une langue qu'il comprend. Il ne conteste pas avoir commis les infractions retenues à son encontre et demande à la Cour de prononcer la suspension du prononcé, sinon d'assortir la peine d'emprisonnement prononcée en première instance du sursis simple ou probatoire.

Décision de la Cour

L'Article 6 de la Convention, aux termes duquel tout prévenu a le droit d'être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui, n'impose pas

que le prévenu reçoive en même temps que la citation à comparaître qui lui est signifiée une traduction de celle-ci dans une langue qu'il comprend ; il suffit, pour satisfaire à ladite disposition, de l'informer d'une manière telle qu'il soit mis en mesure d'assurer sa défense (Cour de cassation belge, 17 octobre 1972, Pas. 1973, I, 172).

En l'espèce, le mode de défense du prévenu, qui était assisté d'un conseil et a déclaré à l'audience du tribunal correctionnel avoir pris connaissance de la citation à prévenu et en avoir compris le contenu, a établi qu'il était suffisamment informé quant aux faits qui lui étaient reprochés et qu'il s'est défendu en pleine connaissance de cause, de sorte que son moyen a été rejeté à bon droit.

*Concerne :
Refus d'autoriser un
mandataire à représenter un prévenu
absent sans excuse
légitime*

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 17 février 2005 – Réf. : Ministère public/C., n° 504/05

Les faits de la cause

Le prévenu L. avait été condamné, par un jugement rendu par défaut, à une peine d'emprisonnement de trente mois et à une amende de 1.250 euros.

L. a relevé opposition contre ce jugement et, à l'audience, le mandataire du prévenu a entendu le représenter « en application de la législation européenne et des droits de l'homme ». Les débats devaient porter sur l'opposition, donc le fond de l'affaire, et le Ministère public s'est opposé à la représentation en demandant au tribunal de déclarer l'opposition non avenue. Le tribunal a décidé de ne pas autoriser le mandataire à représenter le prévenu et a déclaré l'opposition non avenue.

Décision du Tribunal

Suivant l'Article 185 du Code d'instruction criminelle (CIC) : « Dans les affaires relatives à des délits qui n'entraîneront pas la peine d'emprisonnement, le prévenu pourra se faire représenter par un avoué ; le tribunal pourra néanmoins ordonner sa comparution en personne ».

En vertu de l'Article 186 CIC : « Si le prévenu ne comparaît pas, il sera jugé par défaut ».

En matière correctionnelle la représentation n'est permise que dans trois cas : i) lorsque l'infraction n'est sanctionnée que par une peine d'amende, ii) si les débats ne portent pas sur le fond de l'affaire, iii) même si l'infraction est sanctionnée par une peine d'emprisonnement et si les débats portent sur le fond, « si aucune opposition ne s'est produite ou si le Ministère public déclare formellement qu'il est d'accord avec la représentation du prévenu en cas d'empêchement légitime » (hospitalisation, voyage, par exemple) ; l'obligation de comparaître n'est pas prescrite, à peine de nullité : il peut y être dérogé si toutes les parties sont d'accord (R. Thiry ; Précis d'instruction criminelle en droit luxembourgeois, T I, n° 450).

Les faits reprochés au prévenu L. sont sanctionnés, aux termes des Articles 329, 398, 463 et 545 du Code pénal, de peines d'emprisonnement.

Même si le législateur doit pouvoir décourager les absences injustifiées, il ne

peut les sanctionner en dérogeant au droit à l'assistance d'un défenseur. Les exigences légitimes de la présence des accusés aux débats peuvent être assurées par d'autres moyens que la perte du droit de la défense (cf. arrêt van Geyseghem de la Cour européenne des Droits de l'Homme, 21 janvier 1999).

Le tribunal relève qu'à l'instar d'autres législations européennes et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, le Code d'instruction criminelle prévoit le principe de la comparution personnelle du prévenu. Le même Code n'impose pas au prévenu l'obligation de se faire assister d'un avocat pour faire valoir ses moyens, mais il s'agit d'une faculté et non d'un droit laissé à sa libre appréciation. Il est également libre de se présenter à l'audience ou non. En cas d'absence non justifiée et s'il a été régulièrement touché et que le Ministère public demande de retenir l'affaire par défaut, le tribunal ne peut remettre l'affaire à une autre audience, mais doit statuer par défaut.

Le tribunal ne dispose pas de moyens de coercition contraignants pour obliger un prévenu qui refuse de comparaître à se présenter au tribunal, sauf à prononcer un jugement par défaut, contre lequel existent différentes voies de recours. Le jugement prononcé sera, dans ces conditions, toujours un jugement par défaut, contre lequel il sera possible de former opposition et/ou d'interjeter appel.

En cas de condamnation par défaut, l'Article 187 CIC ouvre au prévenu la possibilité de former opposition à l'exécution du jugement à intervenir. Le tribunal statuera alors à nouveau, sans que le prévenu perde un degré de juridiction.

Il convient encore de constater que le mandataire du prévenu n'a pas fourni d'explications quant à l'absence de son client à l'audience ni fait état d'un empêchement légitime. Le prévenu n'a pas non plus personnellement sollicité l'autorisation de se faire représenter par son mandataire.

Il convient encore de souligner que la Cour européenne des Droits de l'Homme retient que la comparution personnelle du prévenu revêt une importance capitale en raison tant du droit de celui-ci à être entendu que de la nécessité de contrôler l'exactitude de ses affirmations et de les confronter avec les dires de la victime, dont il y a lieu de protéger les intérêts, ainsi que des témoins (en ce sens : arrêts Poitromol et van Geyseghem).

En l'occurrence, la comparution personnelle de L. aurait été d'autant plus importante qu'il conteste les faits qui lui sont reprochés. L. a choisi délibérément, sans motif ni excuse valables, de ne pas se présenter.

Les conditions pour autoriser la représentation du prévenu ne sont pas remplies en l'espèce alors que l'infraction est punie d'une peine d'emprisonnement, que les débats devraient porter sur le fond de l'affaire et que le Ministère public s'est opposé à la représentation et a demandé au tribunal de déclarer l'opposition non avenue en raison de l'absence du prévenu. Il y a donc absence injustifiée en l'espèce, L. n'ayant pas présenté un motif d'excuse valable l'empêchant de façon impérieuse d'être présent à l'audience à laquelle il a été cité.

Par ailleurs, les affaires jugées dans divers arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme sanctionnant une violation de la Convention ne sont pas identiques à la présente espèce. La jurisprudence même de la Cour ne semble pas être définitivement fixée, au vu des nombreux avis séparés à la suite de ces arrêts.

Pour le surplus le principe de la comparution personnelle est expressément prévu par le Code d'instruction criminelle luxembourgeois et les exceptions permettant au tribunal d'autoriser exceptionnellement la représentation ne sont pas données en vertu de ce qui précède.

L'Article 185 CIC ne se trouve pas en contradiction avec l'Article 6 §§ 1 et 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, directement applicable et primant les lois nationales, qui ne confère pas *expressis verbis* le droit au mandataire du prévenu de solliciter de sa propre initiative de pouvoir représenter son client en cas d'absence injustifiée.

Sous peine de violer le serment prêté par application de l'Article 110 de la Constitution de commettre l'infraction prévue à l'Article 237, alinéa 2, du Code pénal et, le cas échéant, de commettre une faute disciplinaire au sens de l'Article 155 de l'Organisation judiciaire – sanctionnée par les peines correctionnelles et disciplinaires – le juge ne peut arrêter ou suspendre l'exécution d'une ou plusieurs lois, a fortiori les articles précités du CIC.

Il s'ensuit qu'il n'y a pas eu violation de l'Article 6 de la Convention.

*Concerne :
Egalité des armes en
matière d'établisse-
ment des faits*

Cour d'appel, 23 février 2005 – Réf. : S./HVB Banque Luxembourg SA, n° 26952 du rôle

Les faits de la cause

L'appelant reproche à la partie défenderesse, tout comme en première instance, d'avoir failli à ses obligations de conseil et d'information en lui proposant d'investir son argent dans des marchés à terme, sans le rendre attentif aux risques inhérents à ces opérations. Il estime que l'obligation de conseil implique une information sur l'opportunité de l'investissement envisagé et s'impose même en-dehors d'une demande préalable du client. Il ajoute que, le cas échéant, le professionnel doit non seulement dissuader le client d'agir comme il l'entendait mais même refuser une mission qui lui est demandée. Il ajoute que la banque a, de même, failli à son obligation de diligence en ne l'empêchant pas de dépasser ses capacités financières et en lui faisant crédit de façon inconsidérée.

Pour ce qui est du jugement de première instance, l'appelant conclut au rejet de l'offre de preuve de la banque, qui ne serait ni pertinente ni concluante. Le tribunal aurait, de même, dû écarter les témoins proposés par la banque par application de l'Article 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Les témoins avaient, en outre, un intérêt à l'issue du litige alors qu'ils devaient déposer sur leur propre comportement.

Décision de la Cour

D'après la jurisprudence récente de la Cour européenne des Droits de l'Homme, le

principe de l'égalité des armes implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à ses adversaires. Ce principe a été respecté en l'espèce. L'appelant a, en effet, pu présenter librement les faits se trouvant à la base de son action, à savoir qu'il a ouvert un compte auprès de l'intimée, qu'il y a transféré une somme d'argent appréciable, qu'il s'est livré pendant plusieurs mois, avec le concours de la banque, à des opérations de spéculation à haut risque et qu'il a perdu l'intégralité de sa fortune. Tous ces faits sont établis par des pièces. Refuser à la banque d'établir par témoins que les reproches qui lui sont adressés par l'appelant ne sont pas fondés équivaldrait à la priver de la possibilité de présenter sa cause et constituerait une atteinte à l'Article 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. S. avait la possibilité de faire entendre des témoins de son choix afin de contrecarrer les déclarations des employés de la banque. Il ne l'a pas fait, ce qui laisse présumer qu'il a, de façon suffisante, pu présenter sa cause. Il suit de ces développements que les premiers juges ont à raison entendu les employés de la banque, non parties à l'instance, comme témoins.

*Concerne :
Allégation que le fait de
plaider avant le réquisi-
toire du Procureur
d'Etat instaurerait une
présomption de culpa-
bilité vis-à-vis de
l'accusé*

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 28 avril 2005 – Réf. : Procureur d'Etat/K., n° 1249/2005

Les faits de la cause

Dans cette affaire, le prévenu a été renvoyé devant la chambre criminelle du tribunal pour y répondre des préventions d'attentats à la pudeur avec violences ou menaces, viol, viol commis sur un enfant âgé de moins de 14 ans et d'infractions à la loi modifiée du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie.

A l'audience, la défense a pris des conclusions tendant à la voir autoriser à plaider seulement après que le Ministère public ait pris ses réquisitions définitives, au motif que l'Article 190-1(3) du Code d'instruction criminelle (CIC) serait contraire à l'Article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme en ce sens qu'en invitant la défense à plaider avant le réquisitoire du Procureur d'Etat, l'Article 190-3 CIC instaurerait une

présomption de culpabilité et enlèverait à la défense la possibilité de pouvoir effectivement et efficacement contester les énonciations du Ministère public. La défense a formellement demandé à la chambre criminelle : 1) de constater la réalité du principe, unanimement admis, de la présomption d'innocence inscrit à l'Article 6 de la Convention, 2) de dire que nul n'aurait à se défendre avant que des accusations ne soient lancées à son encontre en audience publique et avant qu'un réquisitoire sur la peine ne soit pris en audience publique, 3) de constater que l'Article 190-1 (3) CIC ne serait pas conforme aux exigences des Articles 6 §§ 1, 2 et 3, de la Convention et, partant, déclarer l'Article 190-1 (3) CIC inapplicable et 4) inviter et, subsidiairement pour autant que de besoin, imposer au Ministère public de requérir avant les plaidoiries de la défense.

Décision du Tribunal

Il serait superfétatoire et, partant, dépourvu du moindre intérêt de constater la réalité d'un principe, à savoir celui de la présomption d'innocence, qui est effectivement unanimement admis et régulièrement appliqué par les juridictions répressives luxembourgeoises, sans la moindre exception. Tout prévenu faisant l'objet d'une ordonnance de renvoi en reçoit notification et communication du dossier répressif qui en est le fondement. Tout prévenu, dans ces circonstances, doit ainsi être mis à même de connaître exactement les faits dont il aura à répondre devant une juridiction répressive, cette dernière ne pouvant, en principe et sauf comparution volontaire dans une matière autre que criminelle, dépasser le cadre de sa saisine ni s'emparer de faits autres que ceux dont elle aura été régulièrement saisie. C'est la loi qui fixe le cadre des faits pouvant être pénalement poursuivis et en détermine les éléments constitutifs. C'est encore la loi qui prévoit le cadre dans lequel peut se situer une peine éventuellement à prononcer.

C'est donc l'ordonnance de renvoi, respectivement la citation à prévenu, le cas échéant, qui énonce des accusations ou charges que le Ministère public soulève contre le prévenu, qui est à même de s'en défendre et de présenter tous moyens et éléments à sa décharge. Ce faisant, il ne se trouve nullement sous le coup d'une soi-disant présomption de culpabilité, mais a l'obligation légale de répondre des faits mis à sa charge devant ses juges.

C'est à bon droit que l'Article 190-1 (3) CIC prévoit que le Ministère public requerra

après les plaidoiries de la défense, étant donné que ces plaidoiries, au même titre que l'instruction à l'audience, peuvent, le cas échéant, influencer sur l'attitude que le Ministère public entend adopter en définitive. Les plaidoiries développant la position du prévenu quant à la matérialité des faits, à leur imputabilité, à la qualification à leur donner, au degré de responsabilité du prévenu et, enfin mais d'importance, à l'existence de circonstances atténuantes objectives et subjectives pouvant bénéficier au prévenu, sont autant d'éléments dont le Ministère public doit pouvoir avoir connaissance pour prendre ses réquisitions à bon escient, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et d'une application de la loi correcte à tous les points de vue. Dans ce contexte, il est bon de rappeler que le Ministère public n'est pas simplement une partie comme les autres au procès, mais qu'il lui incombe de veiller au respect et à l'application de la loi.

Il n'est pas concevable – et il serait erroné – de prétendre que les droits de la défense s'en trouveraient lésés dans une quelconque mesure alors que la loi prévoit expressément (art. 190-1 (3) CIC in fine) qu'en matière répressive la défense a toujours le droit de répliquer aux réquisitions du Ministère public et d'avoir ainsi le dernier mot, avant la prise en délibéré de l'affaire par la juridiction répressive.

Il s'en déduit que l'Article 190-1 (3) CIC ne peut pas être considéré comme violant les dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

*Concerne :
Irrecevabilité d'un
recours pour violation
des dispositions rela-
tives au mode de
comparution*

Cour de cassation, 28 avril 2005 – Réf. : D.R.F./D.S.F., n° 27/05

Les faits de la cause

Par la décision attaquée, les juges d'appel avaient, par application de l'Article 585 sub 2 du nouveau Code de procédure civile, déclaré irrecevable le recours dirigé par D.R.F. contre une ordonnance rendue par le président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg déclarant exécutoire au Luxembourg un jugement rendu par le tribunal de grande instance de Metz.

L'Article sus-cité dispose que « outre les mentions prescrites à l'Article 153 et à l'Article 154, l'appel contient, à peine de nullité, le délai de quinze jours dans lequel l'intimé est tenu de constituer avocat ». A défaut de disposition spéciale dérogatoire au droit commun prévue en matière d'exequatur, la procédure civile ordinaire trouve application. Les dispositions rela-

tives au mode de comparution, comme en l'espèce, à savoir par voie de constitution d'avocat dans le délai de quinze jours ou à date fixe, relèvent de l'organisation judiciaire et sont, de ce fait, d'ordre public. Leur violation constitue une nullité de fond et a pour sanction l'irrecevabilité de l'appel.

Décision de la Cour

En assignant la partie intimée à comparaître à date fixe devant la Cour d'appel, l'appelant a omis d'indiquer le délai dans lequel D.S.F. était tenue de constituer avocat et, surtout, l'obligation pour l'intimée de comparaître par ministère d'avocat à la Cour, violant une condition de validité de l'exploit, qui est ainsi entaché de nullité. Il s'ensuit que l'appel doit être déclaré irrecevable.

C'est encore à tort que l'appelant se réfère, à cet égard, à l'Article 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme au motif que « la nullité, pour le cas où elle serait prononcée, serait une mesure disproportionnée par rapport au but visé, de sorte qu'il n'y aurait aucun rapport raisonnable entre les moyens employés – la nullité et ses conséquences – et le but poursuivi, à savoir la protection des droits de la défense, et notamment l'accès au juge ».

La Cour européenne des Droits de l'Homme admet que le droit d'accès à un tribunal n'est pas absolu (Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 5^e éd., n° 317), mais qu'il comporte des limitations, inhérentes à

sa nature. Ces limitations peuvent être générales. Telles sont les modalités procédurales qui règlent l'action en justice (Jacques Velu et Rusen Ergec, *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, éd. 1990, n° 459, p. 405).

Parmi les modalités procédurales qui règlent l'action en justice, il y a certainement lieu de comprendre le mode de comparution devant la Cour supérieure de justice, exigé par la loi sous peine de nullité, qui doit contenir l'assignation par laquelle une action est portée en justice.

L'Article 585 sub 2 du nouveau Code de procédure civile ne viole donc pas l'Article 6 § 1 de la Convention.

Concerne :
Applicabilité des règles
du procès équitable aux
procédures discipli-
naires

Tribunal administratif, 27 juin 2005 – Réf. : L/Ministre de l'éducation nationale, n° 19137 du rôle

Les faits de la cause

Devant le juge administratif, L. demande l'annulation d'une décision de la Ministre de l'éducation nationale et de la formation professionnelle confirmant une décision du conseil de classe de la classe du Lycée technique pour professions de santé, aux termes de laquelle la demanderesse avait été exclue de tous les cours pendant une durée de trois mois, avec effet immédiat à partir de la notification de ladite décision. A l'appui de son recours, la demanderesse, en se basant sur la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, soutient que le respect des droits de la défense s'imposerait en matière disciplinaire et qu'en l'espèce, la direction du lycée aurait « fait fi des exigences les plus élémentaires quant au respect des droits de la défense et s'est livrée à une instruction digne de l'inquisition ». Dans ce contexte, elle conclut plus particulièrement à :

– la violation du principe d'impartialité, au motif que l'Article 21 de la loi du 25 juin 2004 portant organisation des lycées et des lycées techniques, conférerait compétence au conseil de discipline pour les infractions susceptibles d'entraîner un renvoi définitif de l'élève et que, comme les infractions qui lui sont reprochées seraient susceptibles d'être sanctionnées par un renvoi définitif, il aurait appartenu audit conseil de discipline de siéger au lieu du conseil de classe, seule composition en mesure de satisfaire à l'exigence d'impartialité imposée par la Convention européenne des Droits de l'Homme ;

– la violation du droit à être informé, au motif que la lettre de convocation de la direction du lycée du 8 octobre 2004 aurait

été rédigée en des termes si généraux que la direction ne saurait raisonnablement soutenir l'avoir informée utilement des préventions libellées à sa charge, d'autant qu'elle n'a jamais pu obtenir un dossier complet avant la tenue du conseil de classe, attitude qui serait contraire à l'Article 6 § 3 de la Convention ;

– la violation de son droit à interroger les témoins, au motif qu'elle n'aurait jamais été convoquée à une seule mesure d'instruction, alors que la direction aurait mené son instruction comme bon lui semble, attitude qui serait, là aussi, contraire à l'Article 6 § 3 sus-cité, qui prévoit que tout accusé a le droit « d'interroger ou faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ».

Décision du Tribunal

La décision attaquée soulève la question de l'applicabilité de l'Article 6 de la Convention dans le cadre de la procédure disciplinaire menée à l'encontre de L.

Or, force est de constater que ledit article ne s'applique qu'à une procédure permettant de décider d'une contestation sur « un droit ou une obligation de caractère civil » ou du bien-fondé d'une « accusation en matière pénale » et, selon la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des Droits de l'Homme, des poursuites disciplinaires ne conduisent pas, d'ordinaire, à une « contestation sur des droits à caractère civil ou à une décision sur une accusation pénale » (voir Cour européenne des Droits de l'Homme, arrêt Le Compte, Van Leuven et De Meyere, 23 juin 1981, série A n° 43, p. 19, § 42).

Si des poursuites disciplinaires peuvent être décisives pour un droit de caractère civil, par exemple le droit pour un médecin d'exercer la médecine, il convient, cependant, de retenir en l'espèce que la sanction de l'exclusion de tous les cours pour une durée de trois mois n'a aucune incidence directe sur l'exercice de la profession visée par L., à savoir aide-soignante, et ceci d'autant moins qu'elle n'était pas en classe terminale du lycée, de sorte que la preuve d'une incidence de la sanction prononcée à son encontre sur des droits de caractère civil ne se trouve pas rapportée et relève du domaine de l'hypothétique.

Concernant la question de savoir si des poursuites disciplinaires concernent une accusation en matière pénale, la Cour européenne des Droits de l'Homme a défini trois critères, à savoir :

– le point de savoir si le texte définissant la sanction disciplinaire incriminé appartient, d'après la technique juridique de l'Etat défendeur, au droit pénal, au droit disciplinaire ou aux deux à la fois ;

– la nature même de l'infraction ;
– le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé, les sanctions avec privation de liberté pouvant indiquer qu'une accusation pénale est en jeu.

Or, en l'espèce, on ne saurait raisonnablement soutenir que les textes de droit interne en cause, à savoir l'Article 42 de la loi de 2004 et les Articles 34 à 37 du Règlement de 1998, appartiennent au domaine du droit pénal en droit luxembourgeois. En effet, les infractions reprochées à L. se limitent au milieu scolaire et au maintien de l'ordre dans un lycée et relèvent donc exclusivement du domaine disciplinaire. Pour le surplus, la sanction prononcée, à savoir l'exclusion de tous les cours pour une durée de trois mois, ne concerne nullement le domaine pénal.

Partant, le tribunal arrive à la conclusion que la procédure litigieuse ne vise pas une contestation portant sur des droits de caractère civil ou une décision sur une accusation pénale, de sorte que l'Article 6 de la Convention ne s'applique pas au cas d'espèce.

*Concerne :
Plaignant entendu sous
la foi du serment avant
sa constitution de
partie civile*

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 13 octobre 2005 – Réf. : Ministère public/F., n° 2755/2005

Les faits de la cause

La juridiction de première instance a condamné au pénal F., en sa qualité de dirigeant responsable d'un débit de boisson, à trente-sept amendes de 250 euros chacune du chef de trente-sept faits de tapage nocturne, contraventions qui se trouvent en concours réel. Au plan civil il a donné acte aux époux O. et S. de leur constitution de partie civile, les a déclarées fondées et justifiées. Quant au volet pénal, F. critique le premier juge en ce qu'il a admis le plaignant et future partie civile à déposer à titre de témoin sous la foi du serment, entraînant ainsi une rupture de l'égalité des armes en violation de l'Article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Décision du Tribunal

Il ressort du dossier du plaignant O. que celui-ci a été entendu à l'audience du tribunal de police sous la foi du serment et s'est constitué partie civile après sa déposition.

Suivant une jurisprudence constante, la Cour européenne des Droits de l'Homme retient que la recevabilité des preuves relève des règles de droit interne et qu'il revient, en principe, aux juridictions nationales d'apprécier les éléments de preuve qu'elles ont recueillis. La mission confiée à la Cour par la Convention ne consiste, ainsi, pas à se prononcer sur le point de savoir si les dépo-

sitions de témoins ont été à bon droit admises comme preuves, mais de rechercher si la procédure considérée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, a revêtu un caractère équitable (voir, parmi maints autres arrêts, Antonio Papalia c/ Italie du 23 juin 2005 et références y citées).

La Cour vérifiera uniquement si la manière dont la procédure contre le prévenu a été menée dans l'ordre juridique interne est compatible avec les droits de la défense.

A cet égard, la Cour exige que les éléments de preuve soient, en principe, produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire et retient que les paragraphes 1 et 3d) de l'Article 6 de la Convention commandent d'accorder à l'accusé une occasion adéquate et suffisante de contester un témoignage à charge et d'en interroger l'auteur, au moment de la déposition ou plus tard.

Or, en matière répressive, la partie lésée qui ne s'est pas encore portée partie civile peut être entendue comme témoin. L'intérêt que peut avoir le témoin au débat ne constitue pas une cause de contestation légale, puisque ces causes sont limitativement énumérées à l'Article 156 du Code d'instruction criminelle et que celle basée sur l'existence d'un intérêt dans le chef d'un

témoin n'y figure pas ; en pareille occurrence, le tribunal n'aurait que la seule obligation de tenir compte de l'audition du témoin dans la mesure de la confiance que son témoignage peut lui inspirer.

Le juge interprète ensuite le contenu du témoignage et vérifie si les dépositions sont exactes et complètes ou tout au moins si les témoins sont crédibles.

Il apparaît que O. a été entendu sous la foi du serment en tant que plaignant et victime d'une infraction avant sa constitution de partie civile. Par ailleurs, sa déposition a été faite en audience publique et a pu être librement discutée et contredite par la défense. Le prévenu ne peut, par contre, pas être entendu comme témoin sous la foi du serment dans sa propre cause, ce qui constituerait une méconnaissance de son droit au silence et de ne pas être forcé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable, droit consacré par l'Article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.

En l'occurrence le mandataire de l'appelant a pu faire poser au témoin, en

première instance, les questions pertinentes à la solution du litige, les replacer dans leur contexte et éclairer le juge de première instance sur la personnalité du témoin et son intérêt personnel quant au sort de l'affaire.

L'arrêt de la Cour d'appel invoqué par la défense vise la procédure du recueillement du témoignage en matière civile, régie par des règles de procédure différentes. En ce qui concerne le jugement n° 579/2004 du 12 février 2004 du Tribunal correctionnel, les références jurisprudentielles citées retiennent, au contraire, qu'il n'y a pas de nullité lorsque le plaignant a été entendu sous la foi du serment après sa constitution de partie civile, dès lors qu'aucune des parties au procès ne s'y est opposée.

Il s'ensuit que le premier juge, en entendant le plaignant sous la foi du serment avant sa constitution de partie civile et en se référant, entre autres, à cette déposition pour former son intime conviction, a fait une juste application de la loi et que les droits de la défense n'ont pas été lésés.

Article 8 de la Convention

*Concerne :
Protection du domicile
privé ne pouvant être
opposée aux médecins
du travail contrôlant
une entreprise*

Cour d'appel, 7 mars 2005 – Réf. : Ministère public/S., n° 115/05

Les faits de la cause

Quant au refus opposé à l'accès de médecins du travail à son entreprise, l'appelant S. fait valoir que le local professionnel serait à assimiler au domicile privé tel que protégé par l'Article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, et qu'en l'absence d'un consentement de sa part et d'un mandat de perquisition, les médecins du travail n'auraient pas eu le droit de procéder à un contrôle, le refus d'accorder l'accès ne pouvant, dès lors, faire l'objet d'une sanction. Il demande, en conséquence, l'acquiescement pour les infractions retenues de ce chef.

Le représentant du Ministère public requiert la confirmation de la décision contestée, l'ingérence de l'autorité publique étant prévue, en l'occurrence, par la loi pour la protection des droits des salariés et de leur santé.

Décision de la Cour

Le prévenu S. a fait l'objet d'informations et de sommations écrites de la part du Service National de Santé au Travail afin de respecter la législation et de régulariser la

situation de ses salariés par rapport à la loi. En vue d'une interpellation du prévenu, destinée à lui rappeler ses obligations d'employeur dans le cadre de la loi précitée et à dresser procès-verbal, les médecins du travail se sont présentés au siège de la société dont le prévenu est le gérant responsable.

Ces démarches n'ont pas constitué une intrusion dans la sphère privée du prévenu et elles n'ont pas concerné des éléments d'ordre privé, la protection de ces valeurs étant, précisément, l'objet de l'Article 8 de la Convention invoqué par le prévenu. Elles n'ont pas eu lieu au domicile privé du prévenu, mais au siège social de l'entreprise.

En l'occurrence la protection des droits garantis par l'Article 8 de la Convention ne saurait, donc, être étendue au siège de l'entreprise, ce d'autant plus que les interpellations n'avaient pas pour objet des mesures contraignantes.

Le moyen tiré de l'Article 8 de la Convention n'est, partant, pas fondé.

Articles 8 et 10 de la Convention

Concerne :

Violation de la vie privée et utilisation de sobriquets par un journal satirique

Cour d'appel, 16 mars 2005 – Réf. : V/D.N.F., n° 25600 du rôle

Les faits de la cause

Le demandeur reproche au journal satirique D.N.F. d'avoir révélé l'acquisition d'un appartement à Paris, fait croire qu'il abandonnerait sa profession pour s'établir à Paris et avoir employé à son égard le sobriquet Maître Gaston « Piep-Lagaffe ».

Décision de la Cour

– En ce qui concerne la révélation de l'acquisition d'un appartement à Paris, V. n'est pas un homme public en ce qu'il n'exerce pas de fonction publique et qu'il ne participe pas non plus à la vie officielle du pays. Si, par ses diverses activités, il jouit d'une notoriété publique, le rôle qu'il assume dans les milieux dans lesquels il évolue – judiciaire, culturel, artistique ou autre – reste sans réelle influence sur la vie publique. Dès lors, l'acquisition par V. d'un appartement à Paris, à quelque fin que ce soit, ne contribue en rien au débat d'intérêt général pour la société luxembourgeoise.

La conséquence en est que le public n'a pas un intérêt légitime à être informé sur des éléments de la vie privée de V., que ce soit au niveau de son patrimoine ou au niveau de l'organisation de sa vie privée.

Dans les conditions données, l'hebdomadaire D.N.F., en révélant l'acquisition par V. d'un appartement à Paris, même s'il n'a pas donné de plus amples précisions permettant d'identifier son emplacement exact, a violé l'Article 1 de la loi du 11 août 1982 concernant la protection de la vie privée ainsi que l'Article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Le jugement a quo est, dès lors, à réformer sur ce point.

– En ce qui concerne le départ de Luxembourg et l'abandon de la profession, il faut remarquer, à titre préliminaire, que les déclarations faites par V. lors de sa conférence de presse du 20 mars 1997, pour se situer près de deux ans avant la publication de l'article litigieux, n'ont pu déclencher la réaction dite satirique du journal D.N.F., de sorte qu'il n'y a pas lieu de s'y attarder autrement.

L'intimée dit que D.N.F. est un journal satirique, ayant pour objet d'amuser et de faire rire ses lecteurs, ainsi que de faire de la critique moqueuse.

C'est vainement que l'on cherche, dans l'allégation du D.N.F. que V. pense à s'expatrier, une pointe satirique. Il y a mille raisons

pour un avocat d'envisager l'arrêt de son activité professionnelle. Il n'est, dès lors, a priori, pas absurde de prêter à V., dans le contexte de l'acquisition d'un appartement à Paris, l'intention de s'y installer et d'arrêter sa profession.

L'excès dont fait état l'intimée en l'occurrence ne transparait pas, surtout que D.N.F. non seulement entend amuser ses lecteurs par des affabulations mais se vante également de mettre au grand jour des vérités cachées.

D.N.F., en faisant passer pour vrai un fait qui était faux au départ, mais qui n'était pas invraisemblable, n'a pu que susciter des interrogations chez ses lecteurs, et a fortiori chez les clients de V., lequel a dû se faire des soucis légitimes quant aux retombées éventuelles sur son étude de l'annonce en question, au point de l'avoir amené à utiliser son droit de réponse.

Au titre de réparation du préjudice moral causé par les agissements fautifs de l'intimée tels que retenus ci-avant, cumulés, il y a lieu d'allouer à V. l'euro symbolique, à défaut par l'appelant d'avoir justifié l'octroi d'une indemnité plus élevée.

– En ce qui concerne la désignation de « Maître Gaston Piep-Lagaffe », le nom est un attribut de la personnalité et, comme tel, mérite d'être protégé au même titre que la sphère privée. Par conséquent, tout individu a le droit de s'opposer à ce que son nom soit déformé, fût-ce à des fins satiriques, l'intention de nuire n'étant pas une condition sine qua non. C'est en vain que D.N.F. oppose la tolérance passée dans le chef de V. vis-à-vis de l'emploi du sobriquet le désignant, étant donné que si une personne peut, dans certaines circonstances et temporairement, renoncer à la protection de sa sphère privée, il peut à tout moment l'invoquer à nouveau.

La demande de V. tendant à interdire à D. N. F. de déformer son nom à l'avenir est, dès lors, justifiée sur base de l'Article 1 de la loi du 11 août 1982 et de l'Article 8 de la Convention.

Il est vrai que le terme de « Lagaffe » fait penser à quelqu'un qui fait des gaffes. Cependant, si V., à la tête d'une importante étude, a pu, à juste titre, se sentir offusqué par un tel sobriquet, il reste en défaut d'établir que, de cette façon, ses capacités professionnelles ont été mises en doute auprès des lecteurs.

V. donne au terme de « Piep » la signification de fou respectivement bête. Mais le sens premier dudit terme évoque le cri de l'oiseau – Vogel en allemand – ce qui est anodin en soi et ne devrait pas trop déranger l'appelant.

Il n'est pas établi que le sens donné par V. au terme de « Piep » soit celui compris par les lecteurs, voire visé par D.N.F.

Au vu de ce qui précède, la Cour est d'avis que le préjudice moral subi par V. est suffisamment indemnisé par l'euro symbolique.

Articles 8 de la Convention et 4 du Protocole n° 7

Concerne :
Principe non bis in idem ; contraventions à un arrêté d'expulsion

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 14 juillet 2005 – Réf. : Ministère public/C.D.M. et D.S.F., n° 2350/2005

Les faits de la cause

Il est reproché à C.D.M. d'avoir violé tant la loi sur l'entrée et le séjour des étrangers que la réglementation concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie.

Le prévenu a versé un jugement rendu par le Tribunal correctionnel d'Arlon le 29 novembre 2004, aux termes duquel il a été condamné pour avoir, entre autres, vendu ou offert à la vente de la marijuana en grande quantité à Luxembourg et à Esch-sur-Alzette.

Quant à l'infraction à l'Article 31 de la loi du 28 mars 1972 sur l'entrée et le séjour des étrangers, la défense a estimé qu'il s'agirait, en l'occurrence, d'une double peine, contraire à l'Article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Décision de la Cour

Dans la citation à prévenu, le Ministère public vise non seulement des circonstances de temps et de lieu identiques mais également des infractions identiques. Il y a, partant, lieu, conformément aux conclusions prises par le Ministère public à l'audience, en application du principe « non bis in idem », de déclarer les poursuites irrecevables pour ce qui est des infractions à la réglementation sur la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie.

Quant à l'infraction alléguée à l'Article 31 de la loi du 28 mars 1972, il ne s'agit pas d'une double peine dans la mesure où l'autorité administrative sanctionne une violation des obligations légales mais ne peut pas, à l'instar des juridictions répressives, prononcer une peine pour un fait pénal.

La défense verse à l'appui de son argumentation un arrêt du 13 février 2001 de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire Ezzoudhi c/ France.

Il y a tout d'abord lieu d'insister sur le fait que cet arrêt vise une autre hypothèse,

dans la mesure où la Cour précise que le requérant, dans cette affaire, ne constituait pas une menace grave pour l'ordre public français. En l'occurrence, pour ce qui est du prévenu C.D.M., la motivation à la base de son arrêté d'expulsion a pu être différente en ce qu'il a un casier chargé, dont des condamnations du chef d'infractions de la loi sur la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie et du chef de rébellion.

De surplus, les décisions de la Cour de Strasbourg peuvent orienter les jurisprudences répressives luxembourgeoises mais ne les lient pas. En effet, les juges sont tenus par les textes de loi, la Constitution et les conventions ratifiées, mais en aucun cas par des jurisprudences.

En l'espèce, le tribunal constate qu'il existe un arrêté d'expulsion et le tribunal n'a pas à se prononcer ni seulement à examiner le bien-fondé des arguments ayant pu amener l'autorité administrative à prendre cette décision.

C'est un fait que cet arrêté d'expulsion en bonne et due forme a été notifié au prévenu et que celui-ci a déjà été condamné à quatre reprises pour y avoir contrevenu, dont une condamnation confirmée par arrêt de la Cour d'appel. Le prévenu a contrevenu, le 9 mars 2005, pour la cinquième fois, à cet arrêté et le tribunal doit en tirer les conséquences que la loi lui impose d'en tirer.

Il ressort des éléments du dossier répressif, des débats menés à l'audience et des aveux du prévenu qu'il a commis l'infraction – contrevenant à la loi du 28 mars 1972 – d'être revenu et d'avoir séjourné sur le territoire luxembourgeois en violation de l'arrêté d'expulsion rendu à son encontre. Le tribunal estime qu'il y a lieu de prononcer une peine d'emprisonnement de six mois et une amende de 1.000 euros.

Article 10 de la Convention

Concerne :
Liberté d'expression
d'un critique gastronomique

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 19 janvier 2005 – Réf. : LR SA/L. SA, n° 33/2005

Les faits de la cause

Un article, paru dans la rubrique d'un quotidien intitulée « Le coin de la malbouffe » et portant le titre « Un italien à éviter » avait relaté de façon très négative le repas fait par un critique gastronomique dans un certain restaurant.

La partie demanderesse soutenait que la défenderesse avait porté une atteinte gravissime à son honneur et à sa réputation en publiant un article dont les termes auraient été diffamatoires et calomnieux.

Décision de la Cour

Tout citoyen peut exprimer librement ses opinions par la parole et par l'écrit. L'exercice de la liberté de la presse est, cependant, limité par les obligations des Articles 1382 et 1383 du Code civil de ne pas causer de préjudice à autrui par un comportement fautif, imprudent ou négligent.

La critique gastronomique est libre et permet la libre appréciation de la qualité et de la préparation des produits servis dans un restaurant. Elle doit exprimer en toute loyauté les impressions subjectives ressenties. L'appréciation de la qualité de la cuisine et du service d'un restaurant est subjective par nature, ce que le lecteur le moins averti n'ignore pas.

Les limites du droit de critique ne sont transgressées que lorsque les personnes émettent des affirmations tendancieuses, avec une intention malveillante ou malicieuse.

Contrairement à l'argumentation défendue par la partie demanderesse, l'article incriminé ne dépasse pas les limites du droit de critique, qu'il soit rédigé par un journaliste professionnel ou par un non-professionnel.

L'article litigieux n'a pas de connotation raciste. Son titre – « Un italien à éviter » – vise un restaurant et non une personne de nationalité italienne et il ne dépasse pas l'expression du droit de critique car il se contente de déplorer la qualité des plats servis.

L'offre de preuve présentée par la société demanderesse, tendant à prouver que toute la clientèle ayant dîné dans le restaurant en date du 23 mars 2002 avait été satisfaite de la qualité des mets consommés, n'est ni pertinente ni concluante, de sorte qu'il y a lieu de la rejeter. L'auteur de la critique gastronomique fait seulement part aux lecteurs de ses appréciations subjectives, de sorte qu'il est sans pertinence de connaître l'opinion des autres clients du restaurant.

La partie demanderesse ne prouve pas davantage l'intention malveillante de l'auteur de l'article incriminé. L'article, rédigé dans un style plutôt humoristique, ne démontre pas une faute ou négligence commise par son auteur, de sorte que la demande fondée sur les Articles 1382 et 1383 du Code civil et sur la loi du 20 juillet 1869 relative à la presse n'est pas justifiée.

Portugal

Article 6 de la Convention

Concerne :
Aide judiciaire

Cour suprême, 13 avril 2005, arrêt n° 5/2005 – Réf. : Diário da República, 1^{re} série - A, 7 juin 2005

Aux fins de l'attribution de l'aide judiciaire, la personne purgeant une peine de réclusion ne peut être, à ce seul titre, présumée manquer de moyens économiques

aux termes de la loi n° 30-E/2000 régissant les conditions d'attribution de l'aide judiciaire.

Concerne :
Concurrence de législations

Cour suprême, 13 avril 2005, arrêt n° 11/2005 – Réf. : Diário da República, 1^{re} série - A, 19 décembre 2005

Deux législations relatives au délai de prescription de la procédure d'ordre se succédant, on ne peut combiner, dans le

choix du régime, le dispositif le plus favorable de chacune des deux lois concurrentes.

Article 14 de la Convention

*Concerne :
Discrimination dans la
protection sociale des
Portugais résidant à
l'étranger*

**Cour constitutionnelle, 1^{er} juin 2005, arrêt n° 289/2005, affaire n° 80/2004 –
Réf. : Diário da República, 1^{re} série - A, 14 octobre 2005**

Le Décret réglementaire n° 33/2002 exclut de la protection sociale des Portugais résidant à l'étranger – lorsqu'ils ne sont pas couverts par un régime de protection sociale – les citoyens portugais qui ont aussi la nationalité du pays d'accueil. La Cour déclare cette norme anti-constitutionnelle dans la mesure où elle enfreint le principe de

l'égalité et de la non-discrimination prévu dans la Constitution. En effet, n'étant pas protégés par le pays d'accueil du fait de l'application de ses règles, ces citoyens, Portugais eux aussi, ne seraient pas protégés, alors que les autres citoyens portugais, dans les mêmes conditions, le seraient.

Article 2 du Protocole n° 7

*Concerne :
Délais de recours*

Cour suprême, 11 octobre 2005, arrêt n° 9/2005 – Réf. : Diário da República, 1^{re} série - A, 6 décembre 2005

Lorsque le requérant attaque la décision en fait et que les preuves ont été enregistrées, le recours doit être interjeté dans un délai de quinze jours, fixé à l'Article 411 § 1 du Code

de procédure pénale. L'Article 698 § 6 du Code de procédure civile n'est pas applicable de façon subsidiaire.

Cour suprême, 20 octobre 2005, arrêt n° 10/2005 – Réf. : Diário da República, 1^{re} série - A, 7 décembre 2005

Suite aux changements au Code de procédure pénale introduits par la loi n° 59/98 du 25 août (instituant le recours en

fait), le recours contre la décision en fait du Tribunal collectif à la Cour d'appel est admissible.

Spain/Espagne

General

*Concerns:
Role of the Constitutional Court in case of
allegations of violations of international
agreements*

Constitutional Court, 31 March and 9 May 2005, sentences Nos. 68 and 107/2005 – Ref.: www.tribunalconstitucional.es/JC.htm

Before the allegation of the plaintiffs that different fundamental human rights have been affected, basing their argument both on the Constitution and on the European Convention on Human Rights, the Constitutional Court points out that its responsibility, in the context of the appeal, is limited to checking the respect of the constitutional precepts that recognise the fundamental human rights and susceptible public freedoms of constitutional

protection. Adding, with relation to the international texts that affect Spain, that taking these into consideration is limited, by agreement with Article 10.2 of the Constitution, in its nature of an interpretative approach of the constitutional precepts, but that it does not require it to examine the observance or neglect, *per se*, of these international texts.

Article 3 of the Convention

*Concerns:
Criteria to determine whether humiliation
caused to a welder by his superior can be
considered as
degrading treatment*

Supreme Court, 18 November 2005 – Ref.: www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/ts/principal.htm

The Supreme Tribunal accepts the interpretation of Article 3 of the European Convention on Human Rights by the Euro-

pean Court on Human Rights to know whether attempts against the sexual freedom of a welder from a superior are suf-

ficiently serious to receive that qualification, applicable to that case in the classification included in Article 106 of the Military Penal Code. The European Court in numerous judgments, such as those of 11 January and 25 April 1978, points out that to be able to be appreciated as degrading, according to Article 3 of the Convention, the bad treatment must have a minimum of severity, which must be determined case by case in function of the specific circumstances, especially their duration, their consequences, the victim's sex, etc. Also, the European Court points out that it is required that these acts can create feelings of fear, anxiety and inferiority in the victims to a degree to be able to humiliate them.

This interpretation has been continued by the Spanish Constitutional Tribunal, for example in Sentence No. 119 of 8 July 1996 which points out that the treatment that implies suffering of a special intensity or sensation of different debasement and superior to that usually linked to the simple imposition of a warning can only deserve

such serious classification. Also, the Supreme Tribunal includes that interpretation, for example in its sentence of 5 May 2004 in which it points out that the degrading treatment consists of behaviour in which words or acts surpass, humiliate and degrade, rejecting the fundamental value of his personal dignity, because it is not that the superior behaves towards the inferior in an incorrect or inconsiderate way, but rather it is necessary that the insult or acts reach a minimum of severity and that the humiliation reaches a certain level.

Those considerations lead him to affirm that the humiliation caused to the welder by his superior are sufficiently serious to be considered as inhuman or degrading treatment, the sexual freedom of the offended party is not only injured but rather the obligation of the superior to respect the subordinate's dignity is also infringed. That is to say that it is a form of behaviour that injures both the victim's personal and moral integrity and the discipline that must exist from the inferior to the superior and vice versa.

Article 3 of the Convention

*Concerns:
Duty of motivation and
consistency of judicial
decisions*

Supreme Court, 17 October and 18 November 2005 – Ref.:

[www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords? \(Template=egpj/ts/principal.htm\)](http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords? (Template=egpj/ts/principal.htm))

The Supreme Tribunal rules on the extent of the duty of motivation of the judicial resolutions and, more specifically, on the relevance that the *omisiva* incongruity has in this respect. In that sense it is referred to the opinion of the Constitutional Tribunal that in their Sentence 8 of 9 February 2004 in turn welcomes the guidelines marked by the European Court on Human Rights (*Hiro Balani v. Spain* and *Ruiz Torija v. Spain*, 9 December 1994), it points out that that fundamental right to the motivation of the judicial resolutions, that receives its treatment at constitutional level in the Articles 24 and 120 of the Constitution, demands the exhibition of sufficient reasoning, although it neither obliges the judge to carry out an exhaustive description of the intellectual process that leads him to solve in a certain sense nor imposes on him a specific extent or argumental intensity for the reasoning, so that the judge incurs in incongruity when he makes contradictory judgements or does not sufficiently express the reasons that motivate his decision, but not when one can infer from the reading of the jurisdictional resolution the juridical bases on which the sentence was issued. The Constitutional Tribunal

adds that the *omisiva* incongruity alone represents violation of Article 24 when, to leave without clearly dictating on the appropriately outlined pretence, it causes the lack of defence of some of the actionable ones for not guiding the jurisdictional bodies the rights and legitimate interests subject to its jurisdiction.

The Supreme Tribunal itself reminds that in its doctrine the motivation duty and consistency is translated in a triple demand: the exteriorisation of a juridical reasoning that is perceived as a cause of the decision of the judge; the extension of this reasoning to the outlined questions that should be addressed given that the decision depend on them; and a decision that unequivocally embraces, all the deduced pretences. That is to say that the consistency does not imply a parallel exhaustive argument with the allegations of the parties, sufficient reasoning that responds to the pretences of the parties of the procedural relationship being enough, an explicit answer not being necessary and each and every one of the allegations being itemised of these, being enough, attending to the particular circumstances of the case, a global and generic answer, although it is

omitted regarding specific and substantial allegations.

Article 6 of the Convention

Concerns:
Constitutional interpretation of the right to a fair trial

Constitutional Court, 14 March and 4 April 2005, sentences Nos. 59 and 78/2005 – Ref.: www.tribunalconstitucional.es/JC.htm

The Constitutional Court refers to the adaptation carried out by its Sentence No. 167 of 18 September 2002 of the constitutional interpretation of the right to a trial with all the guarantees for the demands that the European Court on Human Rights extracts from Article 6 § 1 of the European Convention on Human Rights. With that in mind the Constitutional Court points out that the need to respect the guarantees of Article 24.2 of the Constitution – publicity, immediacy and

contradiction to proceed with a new valuation of the test in the second instance – in exercising the abilities granted to the Court *ad quem* in the appeal (Articles 790 and 791 of Law No. 38/2002 of 24 October), does not imply that the new demonstration of proof or holding an appeal trial should take place in any event in the second instance, but rather will depend on the circumstances of the case and the nature of the specific questions.

Concerns:
Appeal held without a direct and personal examination of the accused

Constitutional Court, 14 March 2005, sentence No. 65/2005 – Ref.: www.tribunalconstitucional.es/JC.htm

See also:

Constitutional Court, 14 February 2005, sentence No. 31/2005 – Ref.: www.tribunalconstitucional.es/JC.htm

The Constitutional Court points out the violation of the right of the plaintiff to a trial with full guarantees, since the Regional High Court that revoked the not guilty sentence dictated in the first instance, condemned the plaintiff based on a new valuation of his declaration, without hearing the appeal. To do so, they took as a base the interpretation that the European Court of Human Rights makes of Article 6 § 1 of the European Convention on Human Rights, by which the guarantees of publicity, immediacy and contradiction should be respected in the valuation of the tests in the appeal (Ekbatani v.

Sweden, 26 March 1988; Cooke v. Austria and Stefanello v. San Marino, 8 February 2000; Contantinescu v. Romania, 27 June 2000; Tierce and others v. San Marino, 25 July 2000). The European Court points out that although the appeal trial in the second instance is not indispensable, but rather depends on the circumstances of the case, when the appeal body has to rule globally regarding the accused's guilt or innocence, the appeal cannot be solved without the direct and personal examination of the accused that denies the fact.

Concerns:
Compensation for the violation of the right to a trial without undue delays

Supreme Court, 11 May 2005, sentence No. 607/2005 – Ref.: [www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords? \(Template=cgpj/ts/principal.htm\)](http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords? (Template=cgpj/ts/principal.htm))

The Supreme Court points out the existence of the violation of the right to a trial without undue delays as a consequence of the delay in the notification of a sentence, since the trial took place on 13 November 2001 and the sentence was not notified until 19 February 2004, to which should added

that the facts date from 7 March 2000. The Spanish Court took as a base the case-law of the European Court regarding the determination of the penalty, opting for a proportionate attenuation of the same as a form of compensating for the violated right (Eckle, 15 June 1952).

Supreme Court, 17 and 28 October, 17 and 21 November 2005, sentences Nos. 1154, 1250, 1387, 1394/2005 (i.a.) – Ref.: [www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords? \(Template=cgpj/ts/principal.htm\)](http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords? (Template=cgpj/ts/principal.htm))

The Supreme Tribunal rules regarding the undue non-application of the Articles 26.1 of the Penal Code, 24 of the Constitution and 6 § 1 of the European Convention on Human Rights, in connection with which

reiterates its own jurisprudence following the interpretation of the mentioned Article 6 § 1 carried out by the European Court of Human Rights, for which it states that in connection with the rights of each person to

be tried in a reasonable term, there are factors to bear in mind such as the complexity of the process, the normal duration of the autos of the same nature in same period, the interest risked by he who invokes the undue delay, its procedural behaviour, and that of the jurisdictional bodies in connection with the available means.

*Concerns:
Exceptional situations
in which the specific
dated presentation of a
piece of writing before
a public registration
different to that of the
judicial body can be
considered fully effective*

**Supreme Court, 28 March 2005 – Ref.: www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?
(Template=cgpj/ts/principal.htm)**

The Supreme Court basing itself on the jurisprudence of the Constitutional Court (STC 41/2001, 12 February 2001) admits that, in exceptional situations, the specific dated presentation of a piece of writing before a public registration different to that of the judicial body should be considered fully effective. For example, the Fundamental Human Rights Appeals that arrive late and that are presented by those who act without postulation and reside in towns distant from Madrid (STC 287/1994, of 27

Hence in this way the Spanish jurisprudence has ended up applying an highly qualified extenuating analogy in extreme cases after nine years during a criminal process to compensate for the excessive duration of the process, and the same thing has been applied in some cases that were judged in 2001 related to facts that happened in 1993.

October 1994). The Supreme Court basing itself on the interpretation of Article 6 § 1 of the European Convention on Human Rights (judgment of 28 October 1998, Pérez de Rada Cavanillas v. Spain), considers disproportionately rigorous and unconscionable the inadmissibility for being late before the judicial body of an appeal presented in time and with certainty in another public registration, when it is an exceptional situation and involves negligence.

*Concerns:
Non-appearance of a
witness for the defence;
motivation for a search*

Supreme Court, 10 January 2005, sentence No. 9/2005 – Ref.: www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords? (Template=cgpj/ts/principal.htm)

The Supreme Court is aware of a matter in which the appellant alleges violation in the trial (Article 850.1 of the Law of Criminal Prosecution), when being refused the suspension of the oral trial for the non-appearance of a witness for the defence. The appellant refers to Article 6 § 3.d of the European Convention on Human Rights that points out the right of all accused persons of an infraction to interrogate the witness that declares against him should bear in mind the extraordinary value that the contradiction principle has in the criminal trial.

The Supreme Court recognises the right, included both in the Constitution and in the international texts that oblige Spain – among them the European Convention on Human Rights – of all accused persons of a crime to exercise all kinds of tests for his innocence and to contradict those for his guilt, a reason for which the cassation was already foreseen in the mentioned Article 850.1.

As for the need for motivation of the decision the Supreme Court approaches both the jurisprudence of the Constitutional Court and that of the European Court of Human Rights (Chapell, 30 March 1989; Niemietz, 16 December 1992; Funke, 25 February 1993) that attribute the objective of moving away from all automatism of the judicial decision, thus avoiding the arbitrary

nature of Article 9.3 of the Constitution. However, to it the Supreme Court adds a demand of sufficient motivation does not necessarily bear a certain extension, a certain logical rigor or a certain rhetorical elegance, being enough on occasions with concise and succinct motivations. It is pointed out that as a minimum content for that motivation, basing itself on Article 558 of the Law of Criminal Prosecution, the mention of a series of objective circumstances that, in this relative case for a registration of the forces of public order, they refer to the situation of the home, moment and time to carry out the entry and search, sought effects and crime with which or occupants of the home and regular people are related.

Those objective circumstances must be accompanied by motivation in common and substantial sense that contains the precise indications to evaluate the suitability, the need and the proportionality of the above mentioned search. In that sense the Supreme Court points out that those indications will refer, among other questions, to whether the measure has already been adopted in the course of an open judicial trial or if it has its origin in a police petition that, in turn, would determine the opening of a judicial trial for a presumed crime that was only investigated at police level until that moment. In this second case the Supreme Court, basing itself on the case-law of the

European Court (judgment of 15 June 1992) points out that it is not enough with the mere suspicions of a criminal activity to justify

this measure, but rather that the same should be founded in “facts” or “indications”, in “good reasons” or in “strong presumptions”.

*Concerns:
Lack of the plaintiff's
personal and direct
appearance in an
appeal*

**Constitutional Court, 10 October 2005, sentence No. 246/2005 –
Ref.: www.tribunalconstitucional.es/JC.htm**

The Constitutional Tribunal rules regarding whether the lack of the plaintiffs' personal and direct appearance in the contentious-administrative appeal affects his right to effective judicial guidance without being defencelessness, reminding us that it has affirmed on reiterated occasions the importance of the effectiveness of the acts of procedural communication, and that only in a supplementary and exceptional way could they appeal to the citation or location edictal. Hence, in connection with the contentious-administrative jurisdiction the Constitutional Tribunal had already pointed out starting from the sentence 9/1981, previous even to law No. 10 of 30 April 1992, which establishes the obligation to notify the remission of the file and to summon those interested in the same, which the implicit mandate in Article 24.1 of the Constitution promotes the contradiction leads to establish the personal appearance of those that can appear as summoned – and even as helping – whenever it is feasible, as happens when they are known or identifiable starting from the data that is deduced from the interference writing and even of the file. This doctrine has two demands: (i) that the interested ones have not been summoned or have not attended must be diligent, appearing in the process as soon as they have knowledge

of the same, and (ii) that the suffered defencelessness must be material, that is to say, it should be a real and effective damage for the defence possibilities and not of a mere formal procedural irregularity, with consequences that are only potential or abstract.

Accordingly, there are three requirements that demand our doctrine for the granting of help for the lack of personal appearance in the contentious-administrative process:

- that the protected plaintiff be the owner of a right or a susceptible legitimate and own interest of affection in the contentious-administrative process in question, which determines its material condition as defendant or helping in that process;

- that the plaintiff be identifiable by the jurisdictional body;

- that the appellant be in a situation of real and effective defencelessness. For that one accepts the case-law of the European Court of Human Rights (Canete of Goni v. Spain, 15 October 2002) to point out that there is not real and effective defencelessness when the interested party has extra procedural knowledge of the matter and, due to his own lack of diligence, does not participate in the cause.

*Concerns:
Impartiality of the
judge*

**Constitutional Court, 24 October 2005, sentence No. 269/2005 –
Ref.: www.tribunalconstitucional.es/JC.htm**

The Tribunal rejects the plaintiff's petition to return the performances from the contentious-administrative appeal to the moment prior to the oral hearing, so that the new sentence is not dictated by the same judge that dictated the refuted sentence, with the purpose of safeguarding the impartiality of the new prosecution. For it the Constitutional Tribunal basis itself on the case-law of the European Court of Human Rights (Ringeisen, 16 July 1971; Gillow v.

United Kingdom, 24 November 1986; as well as the decision of the European Court of Human Rights of July 1991 (application No. 1, 15975/90) and of April 2000 (application No.6, 35221/97) in accordance with which the obligation of being impartial does not generate a general rule that imposes a superior Tribunal that annuls an administrative or judicial resolution to remit the case to a different jurisdictional authority or a Court of this authority made up of different form.

Article 7 of the Convention

*Concerns:
Crimes against
humanity and non-
retroactivity of criminal
laws*

Audience National, 19 April 2005, sentence No. 16/2005 – Ref.: JUR 2005/132318

The National Audience rules on absence of a statute of limitations in cases of crimes against humanity, included for the

first time in a text of positive international law in Article 6.c of the Statute of the International Military Court of Nuremberg. The

National Audience points out that this criminal type has been applied subsequently by diverse domestic courts (Israel, Bangladesh, Netherlands, France, Canada), which is according to the principle of non-retroactivity of criminal laws, included among other international texts in Article 7 § 2 of the European Convention on Human Rights that is not opposed to the persecution and condemnation of people by reputed facts as “criminals according to the general principles of the law recognised by the community of nations”. As a whole the National Audience concludes that this international criminal type that generates individual criminal responsibility, has been effective in international law for decades, and in any event would be applicable to the repression group in Argentina, in accordance with the principle of the law intertemporal *tempus regit actum*, seen from the viewpoint of international law.

The National Audience returns on the mentioned Article 7 of the Convention, affirming that it contains an interesting and complete regulation of the principle of criminal legality and that it makes expressed reference to international law as a source of criminal law, but beyond domestic criminal law and coexisting alongside it; which in the second paragraph of this Article, by way of exception, makes a direct reference to the general principles of the law recognised by the civilised nations, making it clear that the direct application of this principle does not exempt those guilty of the severest crimes against humanity from criminal persecution, nor finally for the States seeking protection in this Article for failing to meet their positive obligations of defence and protection of human rights of a fundamental character recognised in the Convention, which themselves have also been considered by the European Court of Human Rights in some extreme cases referred to the rights of absolute protection – Articles 2, 3, 4 – as violation of their own law.

On the other hand reference is made to the judgment of the European Court of 22 March 2001 (Streletz, Kessler and Krenz v. Germany), which makes special reference to the specific knowledge of certain forms of behaviour of a criminally punishable nature and the predictability of a criminal sanction for them in function of parameters of types and domestic constitutional commands and of international instruments of protection of human rights as rules of behaviour. Special reference is made to the judge's sentence; Mr Loucaides points out that, to determine whether the behaviour of the plaintiffs constituted a “crime according to international law”, most invoked the obligations that linked them to the State of the RDA by virtue of international law and, to indicate the individual criminal responsibility of the interested parties, they based themselves on the internal law of the RDA.

Updating that reasoning to the present, the National Audience notes that, although it shares the point of internationalist view expressed by the aforementioned judge, the problem of the validity of the principle of legality should be approached in practice, that is to say, from the perspective of the judge applying the law, from the closest point of view to the regulation of criminal law applicable to the case that unquestionably, at least in an immediate way, is no different to that of the positive domestic Spanish law, which is the one that implies a direct mandate to the judges, although it is certain that in the face of the particular nature of the case, when referring to acts carried out in the territorial environment of another State, by an individual of that nationality, the law finally to take into account for effects of analysing and valuing the certainty and predictability of the criminal prohibition must be the criminal law that was corresponding and unquestionably applicable to him.

Article 8 of the Convention

Concerns:
Secrecy of telephone
communications

Supreme Court, 15 February and 2 March 2005, sentences Nos. 178 and 277/2005 – Ref. : [\(Template=egpj/ts/principal.htm\)](http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords? (Template=egpj/ts/principal.htm))

The Supreme Court reiterates its jurisprudence regarding the secrecy of telephone communications, which constitutes a fundamental right guaranteed both by the Constitution (Article 18.3) and by diverse international texts, among which the Euro-

pean Convention on Human Rights whose Article 8 § 1 includes the secrecy of telephone communications. However, the Supreme Court notes that, according to section 2 of the Article, that right does not have an absolute character, being able to be

subjected to restrictions that should be foreseen by the law based on interests that can be considered prevalent according to the characteristic approaches of a democratic State. So that those restrictions can become effective it is necessary that, besides the legal qualification, there exist data that allow us to conclude the proportionality of these in the specific case, which implies the valuation of the severity of the crime, of the indications of its existence and of the suspect's intervention, as well as of the need for the measure.

The legal precaution contained in Article 579 of the Law of Criminal Prosecution has been considered by the European Court as insufficient, according to which it has condemned Spain on occasions for violation of this right, when considering that they do not meet all the conditions demanded by the case-law of the Court to avoid abuses (*Prado Bugallo v. Spain*, 18 February 2003). Similarly regarding the nature of the infractions that give rise to the monitoring, there

exists the establishing of a limit for the duration of the measure and the conditions of establishment of the records that contain the intervened conversations, as well as for the cautions that should be taken to communicate intact and complete the recordings carried out for their control by the judge and the defence.

On the other hand the Constitutional Court (STC 184/2003) reiterates that the European Court of Human Rights has declared the violation of this right due to the absence of a legal precaution that regulates the case of the speakers listened to by chance being the necessary participants of a phone conversation registered by the authorities in application of its dispositions (*Amann v. Switzerland*, 16 February 2000). Taking this as a whole the Supreme Court concludes that it has demonstrated the need for the Spanish legislator to pass an appropriate regulation for telephone interventions.

Constitutional Court, 24 October 2005, sentence No. 261/2005 –
Ref. : www.tribunalconstitucional.es/JC.htm

The Constitutional Tribunal points out that the intervention of the phone communications must be constitutionally legitimate if it is foreseen legally with enough precision, authorised by the judicial authority in the course of a process by means of a sufficiently motivated decision and is executed with observance of the proportionality principle. In connection with this last requirement it notes that the intervention can give rise to the prosecution from the constitutional perspective if it implies an excessive and unnecessary sacrifice of the rights that the Constitution guarantees, in that way that intervention can be constitutionally illegitimate when it is not indispensable. The respect of that proportionality is considered in the motivation that is made in the judicial resolution in which the phone intervention is agreed that should express the indications that exist about the presumed commission of a serious criminal fact by a certain person, as well as to determine the number or telephone numbers and people whose conversations must be intervened accurately that, in principle, must belong to people

regarding whom the referred indications relapse, the time of duration of the intervention, who must carry out it and how, and the periods in which the judge must be informed.

Regarding the duration of the measure, the Constitutional Tribunal basis itself on the case-law of the European Court of Human Rights (*Case Valenzuela Contreras v. Spain*, 30 July 1998, and *Prado Bugallo v. Spain*, 18 February 2003) to affirm that the judicial body must have special caution when determining the temporary limit in its resolution, so that they do not establish some temporary limits so wide that they constitute “an interference in the sphere of the person's private life”. Not being like this, the measure of phone intervention, originally legitimate from a constitutional perspective would lose this virtuality, when becoming disproportionate in attention to its temporary dimension, implying an excessive and unnecessary sacrifice of the rights that the Constitution guarantees, contrary to the value “Justice” and to the same demands of the “Rule of Law”.

Also:

Supreme Court, 15 March 2005, sentence No. 330/2005 – Ref.:
[www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords? \(Template=cgpj/ts/principal.htm\)](http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords? (Template=cgpj/ts/principal.htm))

Supreme Court, 21 October 2005, sentence No. 1238/2005 – Ref.:
[www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords? \(Template=cgpj/ts/principal.htm\)](http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords? (Template=cgpj/ts/principal.htm))

Supreme Court, 18 October 2005, sentence No. 1254/2005 – Ref.:
[www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords? \(Template=cgpj/ts/principal.htm\)](http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords? (Template=cgpj/ts/principal.htm))

*Concerns:
 Right to privacy and
 banking secrecy*

Constitutional Court, 26 September 2005, sentence No. 233/2005 –
 Ref. : www.tribunalconstitucional.es/JC.htm

The Constitutional Tribunal approaches the necessity of legal precaution of the limitative measures of fundamental rights, concerning in this case the right to the intimacy. In this sense the Tribunal refers to its own jurisprudence to point out the requirement that any limitative measure of the right to the intimacy is foreseen by the law, pointing out in support of the mentioned demand its expressed inclusion in Article 8 of the European Convention on Human Rights, in the measure in that the case-law of the European Court of Human Rights includes such rights inside the most generic right “to the respect of the private and family life” (Malone v. United Kingdom, 2 August 1984; Kruslin v. France and Huving v. France, 24 April 1990; A v. France, 23 November, 1993; Kopp v. Switzerland, 25 March 1998; Valenzuela Contreras v. Spain, 30 July 1998; Khan v. United Kingdom, 12 May, 2000; Prado Bugallo v. Spain, 18 February 2003).

The Constitutional Tribunal applies this demand of legal precaution to the supposition of the requirement made by the tributary Inspection to a credit entity regarding the movements of the current account in which the appellant appeared holder as well as of the destination of the cheques cashed made out to himself, with the purpose of determining the ownership of the revenues that had been deposited in it, which constituted a violation of Article 18.1 of the Constitution in the appellant's opinion. The

Tribunal considers that that allegation cannot be shared, and that the performance of the Tributary Inspection was made in accordance with that covered by Article 111.3 of the General Tributary Law.

In that sense it is pointed out that that parenthesis was declared unconstitutional for sentence No. 95 of 28 June 1994, but also states that the Law of general budgets of the State of 1992 included in the writing of the same section that the individualised requirements directed to the bank entities could include the operations that were reflected in transitory accounts or materialised in the issuing of cheques or other payment orders, parenthesis that was not declared unconstitutional for Sentence No. 195/1994 and which grants enough legal coverage to the requirement of the photocopies of the cheques issued on the account investigated by the tributary Inspection to the credit entity in which the appellant had the current account.

To that is added that the investigation for the specific destination of the expenses was not made near the bank entity but rather was made by means of the corresponding individualised requirement of information to individuals that had maintained economic or professional relationships with the contributor, a reason for which these requirements were not dictated to that covered by Article 111.3 but in application of Section 1 of the same Article whose constitutionality has not been questioned before this Tribunal.

Article 10 of the Convention

*Concerns:
 Political pluralism and
 respect for the democratic principles*

Supreme Court, 26 March 2005 – Ref.: [www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords? \(Template=cgpj/ts/principal.htm\)](http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords? (Template=cgpj/ts/principal.htm))

The Supreme Court analyses the sense of the inclusion of the political pluralism among the superior values of the Spanish legal classification (Article 1.1 of the Constitution), basing itself on the case-law of

the European Court of Human Rights, points out that this classification includes ideas and political projects contrary to the constitutional system, those that seek its substitution or repeal or, certainly, postulate

formulas of territorial organisation different to those chosen by the constituent (judgments of 7 December 1976 or 13 February 2003). To that the Constitutional Court (STC 48/2003) adds that it lacks a model, not for the respect but for the positive adhesion to the constitutional classification; stressing that the Organic Law 6/2002 of 27 June 2002 on Political Parties distinguishes between the ideas or political ends of a party and its activities, highlighting that the only ends are those that incur in the criminal act, to which any project is compatible with the Constitution provided that it does not defend itself by means of an activity that harms the democratic principles or the fundamental rights of the citizens. The Constitutional Court (SSTC 99/2004, 48/2003, 85/2003, 5/2004 and 6/2004) insists that the reaction of the public power in defence of peaceful coexistence is directed not against the ideas or the peaceful political objectives pursued but against the illicit or violent means that are served as the terrorist intimidation for the attainment of its ends. Therefore the only demand imposed on the political pluralism in the Constitution, and, as the Supreme Court points out, in full agreement with that indicated in the European Agreement, is that the defence by the political parties of its postulates should be made respecting the legality and by democratic means, never by means of the violence nor injuring the person's fundamental rights that show a non-inferior level of protection.

The Supreme Court, basing itself on the judgment of the European Court of Human Rights of 13 February 2003, considers the refusal of a political party to condemn terrorist attacks as evidence in their outlawing trial qualifying as irreconcilable with the constitutional demands both the active behaviour that provides political justification for the terrorist activities, and the alter-

native declarations to the official statements of condemnation subscribed by the entirety of the democratic parties with terrorists' attacks or the passive behaviour, characterised by the conscious, and premeditated calculated silence of these same circumstances. In that way the Constitutional Court affirms (STC 5/2004) that the refusal of a political party to condemn terrorist attacks can constitute, in certain circumstances, a tacit political support for terrorism or a legitimacy of those actions to reach political ends, when having a component of exoneration and minimising its significance. The Constitutional Court also points out that refusal is added to ambiguous official statements that seek to diminish or to displace the responsibility of that type of acts by means of the comparison of public power – that it monopolises the force of the State rightfully – and a criminal band – whose violence only constitutes criminal acts. The legitimate consequence is the privation from the party condition of the political formation that has demonstrated to be alien to the institution guaranteed by Article 6 of the Constitution.

Also, and in connection with the electoral groupings, the Constitutional Court (STC 99/2004) points out that although it cannot demand from any citizen the manifestation of adhesions or rejections that should be born in exclusive way of their freedom of speech, it is perfectly acceptable in a democratic society that as soon as suspicions of connivance with terror exist, or with outlawed formations for that connivance, in relation to an electoral grouping, this, if indeed it does not accept more instruments than the vote and the free debate, is distanced unequivocally, rejecting and condemning all that represents a criminal organisation and their political instruments. That would be enough to nullify the effectiveness of the indications that would otherwise seem to exist.

*Concerns:
Freedom of speech and
right to one's honour*

Supreme Court, 31 October 2005 – Ref.: www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/ts/principal.htm

The Supreme Tribunal solves a Cassation appeal interposed by the Fiscal Ministry in connection with the sentence of the Superior Tribunal of Justice of the Basque Country, of 18 March 2005, by which the accused was acquitted of the crime of serious insulting the King. To do so it enters in the analysis of the scope and limits of freedom of speech, reminding us that both the Constitutional Tribunal and the Supreme Tribunal itself have declared that when the

freedom of expression and information serve as instruments of the rights of political participation it must award them greater width than in other contexts, being more resistant to the restrictions that could exist in other cases, when being, in accordance with that pointed out by the European Court of Human Rights (*Vides Aizsardzibas Klubs v. Latvia*, 27 May 2004), not only of each citizen's fundamental rights but also of conditions of existence of free public opinion,

inseparable from political pluralism, which is a fundamental value and requirement of operation of the democratic State that transcends the common meaning for the same and characteristic of the other fundamental rights. The Constitutional Tribunal basis itself on the case-law of the European Court (Handyside v. United Kingdom, 7 December 1976; Lingens v. Austria, 8 July 1986; Jersild v. Denmark, 23 September 1994) interpreting Article 10 of the European Convention on Human Rights, to point out that, in that case, not only are inoffensive or indifferent criticisms protected by the freedom of speech and information, but others that can annoy, disturb or displease. However, the European Court of Human Rights itself reminds that, as Article 10 of the Convention points out, freedom of speech is subject to certain formalities, conditions, restrictions and sanctions that however should not be interpreted in a strict way but establish their need in a convincing way (Observer and Guardian v. UK, 26 November 1991, among others).

In that same sense both the Supreme Tribunal and the Constitutional Tribunal point out that, although the Constitution recognises the hierarchy of the freedom of speech as an essential guarantee of freedom and political pluralism, they also note that it is not a limitless and absolute right, and that limits exist for the respect due to other fundamental rights and in short makes expressed reference to the right to the honour. In accordance with that the expression of freedom and information can only legitimate the interference in other fundamental rights that are relevant for the forming of public opinion on matters of general inter-

est, lacking legitimacy when that interference is disproportionate and exorbitant of the end to which the Constitution grants them preferable protection. On the other hand both Tribunals point out that that preference does not mean that, regarding its public nature, people to whom those expressions or information refer are deprived of their right to honour, according to Article 18 of the Constitution. The Constitutional Tribunal points out in this way that, according to the interpretation that the European Court of Human Rights makes of Article 10 § 2 of the Convention (Lingens, 8 July 1986; Barfod, 22 February 1989; Castells, 23 April 1992; Thorgeir Thorgeirson, 25 June 1992; Schwabe, 28 August 1992; Bladet Tromsø and Stensaas, 20 May 1999; and Perna v. Italy, 6 May 2003) Article 20.1.a) of the Constitution does not guide on a sought right to insult, because the "other people's reputation", in expression of Article 10 § 2 of the Convention, constitutes a limit of the right to express yourself freely and of the freedom to inform.

Based on that case-law it is affirmed that the sentences uttered by the accused are offensive, inappropriate, unjust and shameful, express an evident contempt for the King and to the institution that he embodies, affecting the very nucleus of his dignity, attributing him one of the most serious criminal manifestations in a state of law, for which, in this case, exercising freedom of speech is, with all evidence, contrary to the principle of proportionality and, therefore, absolutely unnecessary, exceeding what could be considered critical, annoying or tasteless remarks. Hence there is just cause for the Cassation appeal.

*Concerns:
Freedom of speech and
military regulations*

Supreme Court, 23 March 2005 – Ref.: www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/ts/principal.htm

The Supreme Court accepts the interpretation given by the European Court of Human Rights of the freedom of speech, which it qualifies as one of the essential foundations of a democratic society and one of the primordial conditions of its progress and of its development, indicating that that freedom is even valid for information or ideas which collide, displeases or disturb, which result from pluralism, tolerance and the spirit of openness without which it is not a "democratic society" (judgment of 20 May 2003). The Supreme Court reiterates that, in accordance with Article 10 of the European Convention on Human Rights, the exceptions to which freedom should be inter-

preted restrictively, should establish the need for any restriction in a convincing way, for which it also basis itself on the case-law of the European Court (i.a. Janowski v. Poland; Nilsen and Johnsen v. Norway; Fuentes Bobo v. Spain).

The Supreme Court points out that the term "necessary" included in Article 10 § 2 of the Convention implies the existence of a "imperious social need", and that the margin of freedom enjoyed by the contracting States parties to appreciate that need is subject to control at a European level, both regarding the law and the application dispositions, even if they emanate an independent jurisdiction, so that the European Court is

competent to ultimately solve whether a restriction reconciles with the freedom of speech that protects Article 10.

The Supreme Court reminds that, as the European Court of Human Rights notes, the Convention is valid for any dependent person of the jurisdiction of the contracting States parties, including the members of the armed forces, although they must bear in mind the particularities of the military condition. In this way, the State should be able to restrict the freedom of speech in the event of real threat for military discipline, fundamental for the effective operation of an army, which does not suppose however that the internal authorities can base themselves on such norms to even block the manifesta-

tion of opinions when they are directed against the Army as an institution (Engel and others; Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria, 19 December 1994; Grigoriades v. Greece, 25 November 1997).

In that way, the European Court points out that who embrace a military career subject themselves of their own free will to the military discipline that implies the possibility of imposing limits on their rights and freedoms that do not apply to civilians (Engel and other). Therefore the States can pass for its armies disciplinary regulations that prohibit attitudes contrary to the established order responding to the needs of military service (Kalaç v. Turkey, 1 July 1997).

Article 14 of the Convention

Concerns:

Sense and scope of the general principle of equality before the law

Constitutional Court, 27 October 2005, sentence No. 273/2005 –

Ref.: www.tribunalconstitucional.es/JC.htm

The Constitutional Tribunal rules regarding the possible conflict of Article 133.1 of the Civil Code with the principle of equality before the law, consecrated in Article 14 of the Constitution, when reflecting a difference in treatment, in the suppositions of lack of possession of a state, according to the matrimonial origin or not of the relationship, besides producing an inequality among the progenitors, when favouring the one that first it determines the relationship by means of the recognition. In that sense when interpreting the sense and scope of the general principle of the equality before the law accepts

the interpretation made by the European Court of Human Rights of Article 14 of the European Convention on Human Rights to affirm that this does not imply the same treatment in all the cases with abstraction of any differentiating element of artificial relevance, so that not all the inequality of normative treatment regarding the regulation of a certain matter supposes an infraction of the command contained in Article 14 of the Constitution, but only those that introduce a difference among situations that can be considered the same, lacking an objective and reasonable justification for it.

Article 1 of Protocol No. 1

Concerns:

Limitations to the right of property

Constitutional Court, 3 March 2005, sentence No. 48/2005 –

Ref.: www.tribunalconstitucional.es/JC.htm

The Constitutional Court admits for the first time the application of the case-law laid down by the European Court of Human Rights in its judgment of 23 June 1993, Ruiz Mateos v. Spain, by agreement with which Article 37.2 of the Organic Law of the Constitutional Court should be interpreted in the sense of requiring an opportunity for the recipient of a particular law. Nevertheless, it verifies that the literal tenor of that Article has not varied in relation to that existing at the moment that the judgment of the European Court was dictated by which, although it can soften the application of the mentioned Law in defence of fundamental human rights, warns that while an adaptation pretence to the European case-law has not been made, only if

the interested parties had sought to appear in person in the procedure, should the required procedure be arbitrated.

On the other hand the Constitutional Court refers to the interpretation that the European Court makes of Article 1 of the Additional Protocol to the Convention. It begins pointing out that the ratification by Spain of this Protocol is accompanied by a reservation for which it is pointed out that the application of this Article must take into account Article 33 of the Spanish Constitution that does not affect this case of expropriation for reasons of public use later than the date of the deposit of the ratification instrument. Then it indicates that, in accordance with the European Court (James and

others v. UK, 21 February 1986), this Article contains three different norms since it enunciates the principle of respect of property, subjects the privation of the property to certain conditions and recognises for the States contracting the power, among others, of regulating the use of goods according to general interest. The second and the third should be interpreted and which refer to two specific examples of limitations to the right of property, in view of the principle consecrated by the first (among others, *Iatridis v. Greece*, 5 March 1999; *Malama v. Greece*, 1 March 2001; *Satka and others v. Greece*, 27 March 2003; *Pincová and Pinc v. Czech Republic*, 5 November 2002) and the whole precept according to the principle of proportionality, a question which we will insist on at a later stage.

Articles 50 and 54 of the Convention

*Concerns:
Execution of judgments
of the European Court
of Human Rights*

Supreme Court, 27 April 2005 – Ref.: www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpij/ts/principal.htm

The Supreme Court reiterates its jurisprudence in connection with the effects of the judgments of the European Court of Human Rights, already indicated for example in its Order of 9 December 2002 of the fifth chamber. It begins pointing out that the European Court itself interprets Article 50 of the European Convention (presently Article 41) in the sense of attributing to its judgments a mere declarative nature, lacking direct executive effect in Spanish Law. The recognition by Spain of the obligatory jurisdiction of the European Court does not mean that, as the European Court itself notes, its judgments by themselves can annul or modify the resolutions or acts contrary to the Agreement, or order executively “the Government to declare the passages which are the object of the complaint as null” (*Marckx*, 13 June 1979; *Pakelli*, 25 April 1983). Similarly the Spanish Constitutional Court (STC 245/1991) supports the statement that the European Convention on Human Rights does not oblige the European Court to give domestic effect to the judgments, both of the merely international nature, and non-supranational, of this, and that the Agreement itself, in the event of the declaration of violation from the Court and if the domestic law of the State in question only allows an imperfect compensation for its consequences, only foresees the conces-

In addition to that, according to Article 33.3 of the Constitution, the only established requirement regarding the act through which each expropriation is carried out is that its content is adjusted to that established in the laws, without saying anything of its artificial nature, hence it may be an administrative decision, a law or a norm with legal effect. In that sense the Constitutional Court reminds that the European Court upholds the aforementioned Article 1 of the Additional Protocol to the European Convention requirements, before anything and mainly that any interference of the public power in the enjoyment of the right to the respect of the goods is legal, that is, it is carried out by law or in application of a law (for all, *Pincová and Pinc v. Czech Republic*, 5 November 2002).

sion of an equal satisfaction to the affected party.

It corresponds to the contracting parties to execute in one way or another the judgments of the European Court, under the control of the Committee of Ministers, according to Article 54 of the European Convention on Human Rights (at the moment Article 46.2), summed up by means of the normative adopted by the Committee of Ministers itself on 10 January 2002. In section b) of the third norm of this normative one it is pointed out that the Committee of Ministers, besides examining if fair satisfaction has been paid, will examine, when the case arrives and bearing in mind the discretionary ability of the State in question, to choose the necessary means to satisfy the judgment, the individual measures adopted to guarantee the end of the violation and that the injured party has returned, insofar as possible, to the same situation he was in before the violation of the Agreement. These considerations already reinforce the conclusion already stated that the recognition of the obligatory jurisdiction of the European Court does not necessarily imply the direct execution of its judgments. To that is added that the ratification of the European Convention on Human Rights for the procedure of Article 94 of the Constitution implies that the execution of derived responsibilities of the Constitution is not

attributed to the European Court, hence the procedure in Article 93 should be followed. In this way, according to the constitutional text, this Court does not exercise the jurisdiction to which it refers in its Article 117, but rather its jurisprudence, as established by the Constitutional Court in its Sentence 162/1999 based on Article 10.2, constitutes a valuable means of interpretation of the content and the scope of fundamental rights.

Therefore the non-existence of specific procedures through which the bodies of the Judicial Power of a State can satisfy in their own terms the judgments of the European Court, does not suppose the non-fulfilment of any obligation, since the European Convention on Human Rights itself foresees that

impossibility of a direct execution and obtaining an equal satisfaction. The Supreme Court reminds that the only way to proceed to the restitutio in integrum of the violated rights, which on the other hand is only sought insofar as possible, would presuppose the declaration of nullity of the internal judicial resolutions; but both the TC (sentence 245/1991) and the Supreme Court itself (SS of 4 April 1990 and of 20 November 1996) have noted the non-existence of a possible repeal of the firm sentences for organs of ordinary jurisdiction, nor has the legislator adopted any disposition that allows that revision as a consequence of a judgment of the European Court.

Article 2 of Protocol No. 7

*Concerns:
Scope of the revision of
a jurisdictional decision
by a higher court*

Supreme Court, 8 April 2005, sentence No. 436/2005 – Ref.: [www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords? \(Template=cgpj/ts/principal.htm\)](http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords? (Template=cgpj/ts/principal.htm))

The Spanish Supreme Court rules on the sense of the obligation imposed by certain international treaties, among them Article 2 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights, in relation to the establishment of a procedural legislation that allows the full revision of the prosecution by a higher court. Contrary to the appellant's opinion that a full revision should only be reached by means of repetition by the superior court of the same test as in the initial court, the Supreme Court notes that by doing so, new guarantees would not be added in the prosecution of the facts nor regarding the elimination of the error in the valuation of the test that could also exist in this appeal, concluding with the need for a third and successive trials. Instead of that, what is sought with those mentioned international treaties is the possible revision by a superior Court of the jurisdictional decision of valuing the tests, in accordance with their practice of complying with the constitutional and legal principles and the analysis of their character as proof over the elements of the applied criminal type and of the concurrent circumstances that affect the severity of the fact and the guilt of the person responsible.

That interpretation is not only included in the jurisprudence of the Constitutional

Court and of the Supreme Court, but also in that of the European Court of Human Rights that points out that those international treaties do not require the need for a new trial, with repetition of the proof that would only add costs to the trial, but rather the condemnatory failure and the penalty are subjected to a superior court according to that prescribed by law. That it is possible in the current Cassation appeal, mainly after the promulgation of Article 5.4 of the Organic Law of Judicial Power which establishes that submission before the Supreme Court, in the way that it has been recognised not only by the Supreme Court itself and the Constitutional Court, but also by the European Court (cases Loewengoth and Deperrios).

Therefore the review function that the Supreme Court exercises through the cassation appeal implies that, when the violation is invoked from the right to the presumption of innocence, one should prove the observance of the inherent guarantees for a trial, the fairness and regularity of the proof made, the existence of proof of responsibility and the logical and rational character of the followed reasoning, valuing the proof considered to dictate the condemnatory error which is the object of the revision.

Switzerland/Suisse

Article 3 de la Convention

*Concerne :
Droit à une enquête
effective sur des alléga-
tions de traitements
dégradants par la
police*

Tribunal fédéral, 6 octobre 2005 – Réf. : Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, vol. 131/2005, I, pp. 455-466 (Recours de droit public)

La personne qui prétend de manière défendable avoir été traitée d'une façon dégradante par un fonctionnaire de police a droit à une enquête officielle effective et approfondie, fondée notamment sur les Articles 3 et 13 de la Convention européenne

des Droits de l'Homme. En l'espèce, ce droit n'a pas été respecté. La décision des autorités cantonales de ne pas ouvrir d'enquête en relation avec la plainte de l'intéressé doit être annulée.

*Concerne :
Risques de traitements
inhumains ou dégra-
dants en cas de renvoi
dans le pays d'origine*

**Commission de recours en matière d'asile, 20 décembre 2004 –
Réf. : Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération,
vol. 69/2005, pp. 1254-1264**

L'exécution des renvois en Macédoine est, en principe, licite et raisonnablement exigible. Dans le cas d'espèce, il n'y a pas d'obstacle particulier au renvoi du requérant. Bien qu'il allègue un danger actuel qu'il y aurait à retourner dans son pays, il ne ressort pas des faits, tels qu'ils ont été établis, qu'il soit en danger à cet endroit, et

en particulier qu'il y risque la torture ou une peine inhumaine ou dégradante.

Faute d'avoir fourni les efforts d'intégration qu'on pouvait attendre de lui, un demandeur d'asile, même s'il a un certain âge, ne peut se prévaloir du seul fait d'avoir séjourné en Suisse pendant dix ans pour se voir reconnaître l'état de détresse personnelle grave.

*Concerne :
Renvoi d'un deman-
deur d'asile physique-
ment ou psychologiquement
malade*

**Commission de recours en matière d'asile, 14 septembre 2005 –
Réf. : Jurisprudence et information de la Commission suisse de recours en matière d'asile, vol. 2005,
pp. 209-213**

A certaines conditions, bien particulières, l'exécution du renvoi d'un demandeur d'asile débouté atteint dans sa santé physique ou psychique ou présentant des risques de suicide peut constituer une viola-

tion de l'Article 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (résumé de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme).

Article 5 de la Convention

*Concerne :
Contrôle judiciaire de
la légalité de la déten-
tion*

Tribunal fédéral, 2 novembre 2004 – Réf. : Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, vol. 131/2005, I, pp. 36-44 (Recours de droit public)

L'« Amtsstatthalter » lucernois exerce des fonctions d'instruction et d'accusation dans le cadre de la procédure pénale ; des directives lui sont données par le Ministère

public. En l'espèce, le droit fondamental de la personne détenue d'être aussitôt traduite devant un magistrat judiciaire indépendant a été violé.

**Tribunal fédéral, 28 juillet 2004 – Réf. : Die Praxis des Bundesgerichts,
vol. 94/2005, I, pp. 5-9**

L'Article 5 §4 de la Convention européenne des Droits de l'Homme garantit à toute personne détenue ou privée de sa liberté de quelque manière le droit de demander à bref délai le contrôle de la légalité de sa détention par un tribunal.

Il n'existe pas de droit à un contrôle judiciaire en tout temps lorsque la mesure

de traitement stationnaire a été ordonnée par une décision judiciaire entrée en vigueur. Dans ce cas, il est seulement nécessaire que la mesure fasse l'objet d'un contrôle régulier, tel celui prévu par l'Article 45 ch. 1 al. 2 du Code pénal.

*Concerne :
Pouvoirs du juge
d'instruction fédéral en
matière de détention
préventive*

Tribunal fédéral, 3 février 2005 – Réf. : Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, vol. 131/2005, I, pp. 66-74

Le juge d'instruction fédéral est une autorité judiciaire indépendante, habilitée à ordonner ou maintenir la détention préventive, au sens des Articles 31 al. 3 de la Constitution et 5 § 3 de la Convention euro-

péenne des Droits de l'Homme. En effet, il ne participe pas à la procédure en qualité d'accusateur public et ne reçoit pas de directives de la part du Ministère public de la Confédération.

*Concerne :
Cumul par le Ministère
public fédéral des fonc-
tions de décision sur la
libération provisoire et
d'accusation au fond*

Tribunal fédéral, 14 septembre 2005 – Réf. : Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, vol. 131/2005, I, pp. 436-441

L'Article 52 al. 1 de la procédure pénale fédérale peut être interprété dans un sens conforme aux Articles 31 al. 3 de la Constitution et 5 § 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Il faut, pour cela, que l'autorité statuant sur la demande de libération provisoire ne soit pas la même

que celle qui soutient l'accusation au fond. Lorsque le Ministère public entend s'opposer à la demande de libération provisoire, il doit transmettre l'affaire au juge d'instruction fédéral pour décision.

Dans l'intervalle, la détention est maintenue par l'effet de l'arrêt du Tribunal fédéral.

*Concerne :
Devoir d'informer la
personne arrêtée des
raisons de sa privation
de liberté*

Tribunal fédéral, 10 février 2005 – Réf. : Die Praxis des Bundesgerichts, 2005, pp. 629-633

Conformément aux Articles 31 al. 2 de la Constitution fédérale et 5 § 2 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, toute personne privée de sa liberté a le droit d'être informée, sans délai et dans une langue qui lui est compréhensible, des motifs de sa privation de liberté, afin qu'elle puisse la contester.

D'après la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, le devoir d'information au sens de l'Article sus-cité s'étend à tous les motifs juridiques et factuels de l'arrestation, soit toutes les informations dont le prévenu a besoin pour contester son arrestation devant un juge. Les autorités de poursuite pénale ne sont pas obligées de communiquer à l'intéressé toutes les informations en leur possession au moment de l'arrestation. Une certaine généralisation est possible en vue de garantir le succès de la procédure d'instruction pénale.

L'information n'est soumise à aucune forme particulière. Elle peut intervenir

oralement ou par écrit. Elle doit simplement être compréhensible pour le prévenu.

L'information doit être communiquée sans délai. Ceci ne signifie pas que le prévenu doit être informé complètement au début de la première audition. L'obligation d'information est remplie si les informations nécessaires sont communiquées lors de l'interrogatoire.

Dans le cas d'espèce, le mandat d'arrêt décerné contre l'intéressé contenait déjà un grand nombre d'informations sur les faits ayant mené à son arrestation, tels que les circonstances du délit en raison duquel il avait été arrêté, le nom de la victime, le lieu et l'endroit où avait été trouvé le corps de celle-ci, le fait que le prévenu avait disparu et que cela éveillait des soupçons. En outre, il avait été informé des autres circonstances qui faisaient peser les soupçons sur lui.

Par conséquent, il n'y a pas eu violation des Articles 31 al. 2 de la Constitution fédérale et 5 § 2 de la Convention.

*Concerne :
Limitation de la liberté
de circulation*

Tribunal administratif du Canton de Berne, 15 novembre 2004 – Réf. : Jurisprudence administrative bernoise, 2005, pp. 418-529

Le recourant avait fi, à plusieurs reprises, des injonctions de ne pas pénétrer dans une partie du territoire d'une certaine commune et de ne pas quitter un autre territoire.

Ces injonctions ne constituent ni une privation de liberté au sens de l'Article 5 de la Convention européenne des Droits de

l'Homme ni une détention déguisée en vue du refoulement. Pour que ledit Article trouve à s'appliquer, il faut qu'il y ait une limitation physique et factuelle de la liberté de la personne. Tel n'était pas le cas en l'espèce, où l'intéressé a vu sa liberté limitée mais non supprimée.

Articles 5 et 6 de la Convention

Concerne :

Droit pour un prévenu en détention préventive de consulter son dossier

Tribunal fédéral, 8 novembre 2004 – Réf. : Die Praxis des Bundesgerichts, 2005, pp. 622-628

Le fait de refuser (en l'espèce sur la base de l'Article 103 du Code de procédure pénal du canton de Bâle-Ville) à un prévenu en détention préventive le droit d'exercer personnellement son droit d'accéder à son

dossier ne constitue ni une violation de l'égalité de traitement ni une violation des droits de la défense garantis par la Convention européenne des Droits de l'Homme et la Constitution, si le prévenu a un défenseur.

Article 6 de la Convention

Concerne :

Recevabilité d'un recours de droit administratif portant sur des droits qui ne sont pas de caractère civil

Tribunal fédéral, 24 novembre 2004 – Réf. : Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, vol. 131/2005, I, pp. 12-17 (Recours de droit administratif)

Le propriétaire riverain ne peut pas invoquer l'Article 26 al. 1 de la Constitution pour s'opposer à des réglementations du trafic, lorsque celles-ci ne rendent pas impossible ou ne compliquent pas à l'excès l'utilisation de son bien-fonds conforme à sa destination ; la contestation soulevée à ce propos ne porte pas sur des droits de caractère civil au sens de l'Article 6 § 1 de la

Convention européenne des Droits de l'Homme.

Est admissible, à titre exceptionnel, un recours de droit administratif devant le Tribunal fédéral non prévu par le droit procédural, lorsqu'un tel recours est nécessaire pour assurer le respect du droit conventionnel.

Concerne :

Impartialité du tribunal

Tribunal fédéral, 23 septembre 2004 – Réf. : Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, vol. 131/2005, I, pp. 24-31 (Recours de droit public)

L'union personnelle du juge de la recevabilité de l'opposition et du juge de l'action en constatation du non-retour à

meilleure fortune contrevient à la garantie d'un tribunal impartial.

Tribunal fédéral, 19 novembre 2004 – Réf. : Rivista ticinese di diritto, 2005 I, pp. 36-38

Ni l'Article 49 de la loi d'organisation judiciaire ni les Articles 30 de la Constitution fédérale et 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ne confèrent

à l'accusé le droit d'obtenir le curriculum vitae des juges assesseurs de la Cour d'assises et de les interroger dans le but de pouvoir les sélectionner.

Tribunal fédéral, 3 mai 2005 – Réf. : Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, vol. 131/2005, I, pp. 113-125 (Recours de droit public)

La partialité d'un juge ne peut se déduire du seul fait qu'il a rejeté une demande d'assistance judiciaire sur le fondement de

l'absence de chances de succès de la requête. D'autres motifs sont nécessaires.

Tribunal fédéral, 17 mars 2005 – Réf. : Die Praxis des Bundesgerichts, 2005, pp. 792-796

On peut imaginer des circonstances particulières dans lesquelles les relations entre un juge et l'avocat d'une partie peuvent faire apparaître le juge comme manquant d'indépendance et d'impartialité.

Tel n'est pas le cas en l'espèce. On ne peut déduire du fait que l'Etude représentant la partie adverse ait rédigé une lettre de lecteur

soutenant la candidature de la juge de la cause lors des élections à la présidence du tribunal que la juge en question aura une tendance à la partialité, d'autant plus que la lettre en question était rédigée avec retenue et se référait simplement à des expériences passées des associés de l'étude.

Concerne :

Régularité de la citation ; obligations du juge en cas d'absence du défenseur

Tribunal fédéral, 14 mars 2005 – Réf. : Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, vol. 131/2005, I, pp. 185-196 (Recours de droit public)

Pour les débats en appel pénal, l'accusé doit avoir assez de temps pour préparer sa

défense. Ce temps ne se détermine pas abstraitement, mais d'après les circons-

tances concrètes de l'affaire. En l'espèce, le fait que le mandat de comparution ait été notifié à l'accusée six jours seulement avant l'audition ne viole pas les droits de la défense. En effet, le tribunal pouvait avec raison prendre en considération la prescription de l'action pénale, d'autant plus que l'accusée et son défenseur avaient contribué, de différentes manières, à la prolongation de la procédure. En outre, la durée laissée à l'accusée était suffisante pour préparer sa défense. Enfin, l'avocat de l'accusée n'avait pas accepté une autre date

d'audition, plus tardive, proposée par le tribunal.

L'arrêt donne un aperçu de la jurisprudence relative aux obligations du juge en cas d'absence du défenseur.

L'accusé qui renonce à l'intervention de l'avocat de son choix pour l'audience prévue – bien qu'en principe, il veuille toujours s'assurer ses services – tout en réclamant la désignation d'un autre défenseur par le tribunal ou un report d'audience commet un abus de droit.

*Concerne :
Défense obligatoire*

Tribunal fédéral, 3 mai 2005 – Réf. : Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, vol. 131/2005, I, pp. 272-283 (Recours de droit public)

Ni le droit cantonal de la procédure ni les Articles 29 al. 3 de la Constitution et 6 § 3c) de la Convention européenne des Droits de l'Homme n'imposent une défense nécessaire pour la durée de la détention ou

de l'instruction. Le droit à une procédure pénale équitable (Articles 32 al. 2, 31 al. 2 de la Constitution et 6 § 1 de la Convention) peut imposer la nomination d'un défenseur d'office. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

*Concerne :
Droit d'interroger un
témoin à charge*

Tribunal fédéral, 12 octobre 2005 – Réf. : Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, vol. 131/2005, I, pp. 476-487 (Recours de droit public)

Le droit d'interroger un témoin à charge est absolu dès que le témoignage est décisif pour la condamnation.

Ce droit est violé lorsque le témoin refuse, plus de quatre ans après la première

audition, toute déclaration complémentaire et que, néanmoins, le tribunal se fonde sur la première déposition, décisive sur le plan des preuves.

Tribunal fédéral, 2 décembre 2004 – Réf. : Die Praxis des Bundesgerichts, vol. 94/2005 I, pp. 359-362

Le droit de l'accusé de poser des questions aux témoins à charge constitue l'un des éléments principaux du droit à une procédure équitable au sens de l'Article 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et des Articles 29-32 de la Constitution fédérale.

Lorsque le témoin à charge est un enfant qui déclare avoir été victime d'atteintes à son intégrité sexuelle, le droit de l'accusé de poser à ce dernier des questions complémentaires est régi par les Articles 10 ss de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions et par les règles de procédure du droit cantonal.

Dans ce cadre, l'accusé abuse de son droit de poser des questions complémentaires s'il n'en fait pas la demande dans les délais et selon les formes requises. En revanche, l'accusé n'en abuse pas en le faisant valoir pour la première fois en instance de recours seulement, si cette procédure de recours a un effet dévolutif complet ; peu important les raisons pour lesquelles il n'a pas fait valoir son droit au cours de l'instruction ou de la procédure de première instance. Tel est le cas en l'espèce, où la procédure d'appel cantonale a un effet dévolutif complet. C'est donc à tort que l'autorité cantonale a rejeté la demande de l'accusé.

Cour de cassation du Canton de Zurich, 23 septembre 2005 – Réf. : Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, vol. 104/2005, pp. 310-312

Les droits garantis à l'Article 6 § 3d) de la Convention européenne des Droits de l'Homme visent à éviter qu'un jugement de condamnation ne soit basé que sur les déclarations de témoins dont l'accusé n'a pas pu remettre en question le contenu en posant des questions.

Le droit de poser des questions aux témoins à charge n'est, certes, pas illimité.

Cependant, si les déclarations des témoins sont les seuls éléments de preuve à charge, il est contraire à la Constitution et à la Convention de rejeter les questions de l'accusé à de tels témoins sur la base d'une évaluation anticipée des preuves.

Dans le cas d'espèce, il est inadmissible que l'instance inférieure ait interdit à l'accusé

de poser des questions complémentaires au seul témoin à charge.

*Concerne :
Conditions de la remise
de fonds d'origine
délictueuse alors
qu'une procédure
pénale est en cours à
l'étranger*

Tribunal fédéral, 7 février 2005 – Réf. : Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, vol. 131/2005, II, pp. 169-184 (Recours de droit administratif)

La personne qui ouvre un compte sous un faux nom n'a, en principe, pas qualité pour agir contre la décision de remise des avoirs déposés sur ce compte ; cette solution se concilie avec la garantie du procès équitable offerte par l'Article 29 al. 1 de la Constitution.

L'arrêt rappelle les principes en matière de conditions de la remise d'avoirs alors que la procédure pénale à l'étranger est en cours, selon l'Article 74a. al. 3 de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale.

Les bénéfices de transactions effectuées par l'utilisation de fonds d'origine délictueuse sont assimilés à des avantages

illicites au sens de l'Article 74a. al. 2b. de la loi sus-citée.

Les fonds provenant vraisemblablement d'opérations de corruption qui ne sont pas poursuivies dans l'Etat requérant ne peuvent être transmis, du moins en l'état.

Lorsque la demande étrangère porte sur la remise de fonds provenant de l'activité d'une organisation criminelle, la règle de l'Article 59 ch. 3 du Code pénal (y compris la présomption posée à la deuxième phrase de cette disposition) est applicable à la remise au sens de l'Article 74a. al. 3 de la loi sus-citée.

*Concerne :
Droit de ne pas s'auto-
incriminer*

Tribunal fédéral, 22 décembre 2004 – Réf. : Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, vol. 131/2005, IV, pp. 36-47 (Pourvoi en nullité)

La condamnation d'un conducteur pour entrave à la prise de sang, en raison de la violation de certains devoirs après un accident ayant causé des dommages à des tiers

et par la consommation ultérieure d'alcool, n'est pas contraire au droit de ne pas s'incriminer soi-même.

*Concerne :
Respect de la présomp-
tion d'innocence dans
la formulation de la
décision de classement*

Tribunal fédéral, 9 mars 2004 – Réf. : Schweizerisches Zentralblatt für Staats und Gemeindeverwaltung, 2005, pp. 197-201

Il est possible d'attaquer une décision de classement pour violation de la présomption d'innocence (Articles 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et 32 al. 1 de la Constitution fédérale) en raison de la formulation des considérants de la décision.

La présomption d'innocence doit être respectée non seulement lors d'une procédure formelle, mais également dans les déclarations faites en-dehors de la procé-

sure, notamment par les déclarations publiques d'une personne ayant un statut officiel.

La présomption d'innocence ne donne aucun droit à un verdict d'acquittement ou à la réfutation formelle d'un doute sur l'existence d'un comportement pénal. Elle interdit, en revanche, que la décision de classement fasse planer un soupçon direct ou indirect sur l'intéressé.

Dans le cas d'espèce, les considérants de la décision de classement ne violent pas la présomption d'innocence.

*Concerne :
Nécessité d'une
audience publique et
orale*

Tribunal fédéral, 19 octobre 2004 – Réf. : Schweizerisches Zentralblatt für Staats und Gemeindeverwaltung, 2005, pp. 305-310

Suite à une agression dont les auteurs n'ont pu être trouvés, X., s'appuyant sur la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions, avait demandé un dédommagement et la réparation de son tort moral auprès de la Direction de la justice du canton de Zurich. En février 2001, sa demande fut acceptée en tant qu'elle avait trait aux frais de traitement. En février 2003, ses prétentions en réparation de la perte de gain furent rejetées, alors qu'une réparation du tort moral lui fut accordée. Le recours qu'il interjeta contre la décision de refus fut rejeté sans audition publique. Dans son recours, X., se basant sur les Articles 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de

l'Homme et 26 du Pacte II ONU, reproche à l'autorité de recours de ne pas avoir tenu une audience publique et orale.

Les prétentions en réparation du dommage et du tort moral concernent des droits civils au sens de l'Article 6 § 1 de la Convention. Le recourant avait donc le droit à ce que sa cause soit entendue en audience publique et orale. Dans le cas d'espèce, l'instance inférieure ne pouvait renoncer à une telle audience à défaut d'une exception justifiant une renonciation : la demande du recourant n'était pas manifestement infondée ou abusive et les arguments qu'il invoquait à

l'encontre de la première décision de refus n'étaient pas infondés.

*Concerne :
Détermination du
caractère approprié de
la durée d'une procé-
dure*

Tribunal fédéral, 19 octobre 2004 – Réf. : Schweizerisches Zentralblatt für Staats und Gemeindeverwaltung, 2005, pp. 540-548

Un recours pour déni de justice peut être interjeté indépendamment d'une décision formelle et avoir pour objet une décision cantonale de dernière instance de renvoi à l'instance inférieure.

Le caractère approprié de la durée d'une procédure se détermine en fonction

des circonstances de l'espèce. Dans cette affaire, bien que le Tribunal administratif ait violé les exigences constitutionnelles et conventionnelles, l'ensemble de la procédure de planification n'apparaît pas avoir dépassé la durée admissible. Le recours est, par conséquent, rejeté.

*Concerne :
Indépendance d'un
institut sollicité par le
juge pour établir le
Droit étranger*

Tribunal fédéral, 28 octobre 2004 – Réf. : La Semaine Judiciaire, 2005, pp. 277-284

Selon la jurisprudence relative aux Articles 29 al. 1 et 30 al. 1 de la Constitution et 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, les parties ont le droit d'exiger la récusation d'un expert sur l'impartialité duquel la situation ou le comportement sont de nature à faire naître un doute.

L'Article 16 al. 1 de la loi fédérale sur le droit international privé oblige le juge à établir le droit étranger. Ce faisant, le juge doit donner la possibilité aux parties de s'exprimer. S'agissant du droit d'un pays non-voisin (en l'espèce l'Egypte), le juge peut recourir à l'assistance d'instituts et services spécialisés compétents, tels que l'Institut suisse de droit comparé. En l'espèce, la question de savoir si les règles sur la récusation des experts est applicable à de tels instituts et services est laissée ouverte au vu de l'issue de la procédure.

L'activité de l'Institut suisse de droit comparé consiste en la fourniture de renseignements et d'avis de droit en matière de droit étranger par rapport à un état de fait précis. Il n'est pas arbitraire de retenir que, ce faisant, il n'agit pas en tant que conseil de la partie : l'Institut est autonome et financé exclusivement par la Confédération et les avis que ses collaborateurs donnent se bornent à mentionner les règles de droit pertinentes, laissant leur destinataire en tirer les conséquences par rapport au cas particulier. L'indépendance et l'impartialité de l'Institut sont donc, en principe, garanties. En l'espèce, les avis de droit rédigés précédemment par les collaborateurs de l'Institut pour l'une des parties ne reflètent aucune prise de position en faveur de cette partie. Il n'y a pas de raison de penser que l'avis de droit qu'ils rédigeront à la demande de l'autorité sera entaché de partialité ou de manque d'indépendance.

*Concerne :
Contrôle juridictionnel*

Tribunal fédéral des assurances, 1^{er} février 2005 – Réf. : Assurance-maladie et accidents, 2/2005, pp. 97-108

Les droits garantis à l'Article 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme n'autorisent pas un Etat contractant à soustraire la validité d'une clause tarifaire de l'assurance-maladie obligatoire à tout contrôle juridictionnel lorsqu'un assuré est touché par une décision prise en application de cette clause dans une situation concrète.

La limitation du pouvoir d'examen du juge au contrôle de la légalité de la clause

tarifaire litigieuse est conforme aux exigences de la Convention. Cette disposition exige, cependant, que l'administré puisse faire valoir ses droits devant une juridiction apte à connaître des questions de droit et de fait. Le juge doit pouvoir corriger d'éventuelles erreurs de droit et de fait et examiner la cause sous l'angle de la proportionnalité.

*Concerne :
Principe de la bonne
foi et défauts de procé-
dure*

Cour de cassation du Canton de Zurich, 7 décembre 2004 – Réf. : Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, vol. 104/2005, pp. 133-135

Le principe de la bonne foi ne s'oppose au droit de faire valoir des défauts de la procédure que si le recourant s'est accommodé sciemment de ce défaut lors de l'instruction ou de la procédure devant l'instance inférieure.

S'il est établi que l'accusé a, en toute connaissance de cause, participé volontairement à un examen complémentaire par un expert psychiatre, il ne peut se prévaloir du fait qu'il n'a pas été prévenu, à nouveau, de son droit de refuser de déposer ou de coopérer. En l'espèce, l'accusé a été

Concerne :
Frais de justice en cas
d'acquiescement

prévenu, en début de procédure, qu'il avait le droit de refuser de déposer. Il n'y a, par conséquent, pas de doute quant au fait qu'il

savait qu'il avait le droit, à n'importe quel stade, de refuser de faire des déclarations à l'expert.

Cour de cassation du Canton de Zurich, 9 décembre 2004 – Réf. : Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, vol. 104/2005, pp. 193-199

En vertu des Articles 6 § 2 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et 32 al. 1 de la Constitution fédérale, les frais de la procédure ne peuvent être mis à la charge de l'accusé que lorsque celui-ci a causé l'ouverture de la procédure ou en a rendu difficile le déroulement par un comportement contraire au droit (comportement illicite au sens du droit civil). Ces principes sont utilisés lorsqu'une procédure en matière d'atteinte à l'honneur prend fin en raison de l'intervention

de la prescription. En soi, le fait de pouvoir reprocher une violation des droits de la personnalité au sens du droit civil n'implique pas de conséquence pénale.

Le fait d'exercer ses droits procéduraux (dépôt de demandes, utilisation de voies de droit) ne constitue pas un comportement illicite au sens du droit civil, même s'il occasionne la prescription de l'action pénale.

Concerne :
Violation du Droit
étranger en matière
d'extradition

Cour de cassation du Canton de Zurich, 28 février 2005 – Réf. : Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, vol. 104/2005, pp. 199-202

La Cour de cassation examine librement, à titre de question préjudicielle, s'il existe un empêchement à la procédure dans le cas d'une remise d'un prévenu aux autorités compétentes suisses par des autorités étrangères en violation de leur droit interne.

Il faut distinguer entre extradition et expulsion selon le Droit des étrangers. L'extradition est une institution d'entraide internationale en matière pénale en vertu de laquelle un Etat demande à un autre Etat la remise d'une personne contre laquelle une procédure pénale est ouverte dans l'Etat demandeur. L'expulsion selon le Droit des étrangers permet, quant à elle, à un Etat d'éloigner un étranger indésirable pour des raisons de sécurité ou de protection de l'ordre public.

En l'espèce, la remise de l'accusé aux autorités suisses par les autorités du Liechtenstein constituait une extradition, et non une expulsion au sens du Droit des étrangers. Or les conditions d'une extradition n'étaient pas remplies au sens du Droit du Liechtenstein. Il y a donc eu violation du Droit de ce pays en matière d'extradition.

On peut se demander si une telle violation du Droit étranger entraîne une violation du droit à un procès équitable au sens des Articles 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et 9 et 29 de la Constitution. Tel n'est pas le cas en l'espèce où, malgré la violation du Droit étranger sur l'extradition, il n'existe pas de raison d'abandonner la procédure en Suisse.

Concerne :
Principe « in dubio pro reo »

Cour de cassation du Canton de Zurich, 212 juillet 2005 – Réf. : Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, vol. 104/2005, pp. 295-299

Le principe « in dubio pro reo » est un principe général de la procédure pénale, qui vaut pour tous les domaines de la procédure. Ce principe va au-delà de la présomption d'innocence, qui se limite à la question de la culpabilité/non-culpabilité. Dans le cadre de son application à la charge de la preuve, il signifie que, même dans le cadre de la fixation de la peine, il incombe à l'Etat d'apporter les preuves à charge contre l'accusé. Il ne peut être retenu à la charge de l'accusé des circonstances qui n'ont pas été prouvées. Si le tribunal fixe la peine en

s'appuyant sur une simple présomption, il y a violation du principe « in dubio pro reo ».

Dans le cas d'espèce, dans le cadre de l'évaluation des motifs ayant poussé l'accusé à agir, l'instance inférieure a présumé que celui-ci n'était pas dans un état de nécessité et qu'il avait agi pour des raisons purement crapuleuses, puisqu'il disposait d'un revenu régulier ; la détermination de sa culpabilité a été faite en conséquence. Ce faisant, elle a violé le principe « in dubio pro reo », raison pour laquelle le jugement doit être cassé et renvoyé à l'instance inférieure.

Articles 6 et 8 de la Convention

*Concerne :
Interdiction, dans la
procédure pénale,
d'utiliser les preuves
recueillies de manière
illicite*

Tribunal fédéral, 22 juin 2005 – Réf. : Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, vol. 131/2005, I, pp. 350-365 (Recours de droit public)

La notion de procès équitable inscrite aux Articles 29 al. 1 de la Constitution et 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme interdit d'utiliser les moyens de preuves qui, sans être prohibés, ont été obtenus de manière illicite.

L'arrêt confirme la jurisprudence selon laquelle il est admissible de peser les intérêts en présence afin de décider de l'utilisation

de tels moyens de preuves. En cas de recours non autorisé à des moyens techniques de surveillance (telle la surveillance vidéo), il ne s'impose pas, du point de vue constitutionnel, d'étendre l'interdiction d'utilisation posée à l'Article 7 al. 4 de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication au-delà du champ d'application de ladite loi.

Article 8 de la Convention

*Concerne :
Droit au regroupement
familial*

Tribunal fédéral, 18 février 2005 – Réf. : Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, vol. 131/2005, II, pp. 165-270 (Recours de droit administratif)

Une demande d'autorisation de séjour pour pouvoir rendre visite plus aisément à son mari privé de liberté ne peut pas se fonder sur l'Article 7 al. 1 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers car un tel objectif ne correspond pas au but poursuivi par le législateur à l'époque de l'adoption de cette disposition.

Lorsque l'un des époux est privé de liberté, la protection de la vie familiale garantie par l'Article 8 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme consiste

à assurer un minimum de contacts entre les conjoints par les modalités d'exécution de la peine ou par l'aménagement de l'application des mesures d'internement. On ne peut pas déduire dudit Article un droit à l'octroi d'une autorisation de séjour durable en faveur de l'épouse étrangère d'un détenu suisse, afin de lui faciliter l'exercice de son droit de visite. Celle-ci peut, en revanche, demander qu'on lui permette d'entretenir des relations convenables avec son conjoint.

Tribunal fédéral, 5 janvier 2005 – Réf. : Die Praxis des Bundesgerichts, 2005, pp. 885-891

En principe, la mère d'un enfant mineur ayant le droit de séjourner en Suisse peut se prévaloir de l'Article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme pour demander une autorisation de séjour en vertu du droit au regroupement familial.

Si l'enfant mineur qui a le droit de séjourner en Suisse n'est pas intégré et si le parent avec lequel l'enfant a les liens les

plus étroits n'est pas dans une situation lui permettant de s'intégrer professionnellement en Suisse, l'autorisation de séjour peut être refusée au parent sans qu'il y ait violation de l'Article 8 § 1 de la Convention. En l'espèce, il n'est, ainsi, pas exclu pour l'enfant de retourner avec sa mère en Pologne.

Tribunal cantonal du Canton du Jura, 13 septembre 2004 – Réf. : Revue jurassienne de jurisprudence, 2005, pp. 106-120

Détenteur d'une autorisation de séjour annuelle, B.S. avait demandé l'autorisation de faire venir sa famille en Suisse. Suite au rejet de sa demande – au motif que son revenu ne lui permettrait pas d'entretenir sa famille en Suisse – il déposa un recours auprès de la Chambre administrative du Tribunal cantonal. Il se prévaut de l'Article 8 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et déclare que le calcul du minimum vital et du montant disponible

effectué par l'autorité de première instance est arbitraire.

Un étranger n'a aucun droit à l'obtention d'une autorisation, sous réserve des dispositions exceptionnelles prévues par des conventions internationales ou par la loi.

En matière de séjour et d'établissement des étrangers, le pouvoir d'examen de la Chambre administrative porte sur le droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, mais non sur l'opportunité de la décision de l'autorité compétente.

L'Article 8 de la Convention ne fonde aucun droit d'entrée et de séjour pour un étranger. L'étendue de l'obligation de l'Etat d'admettre sur son territoire les parents d'immigrés dépend de la situation des intéressés et de l'intérêt général. Ledit Article n'implique pas, pour un Etat, l'obligation générale de respecter le choix de leur lieu de résidence par des couples mariés. En fait, seul peut se prévaloir de l'Article 8 un étranger dont un membre de la famille détient un droit de présence en Suisse (citoyen suisse ou détenteur d'un permis d'établissement) et non le détenteur d'une simple autorisation de séjour.

Dans la mesure où l'Article 8 de la Convention n'est pas applicable dans le cas d'espèce, la question de savoir si l'étranger peut être autorisé à faire venir sa famille se détermine sur la base de l'Ordonnance limitant le nombre des étrangers.

Concernant les conditions auxquelles un regroupement familial peut être autorisé sur la base des Articles 38-39 de l'Ordonnance sus-citée, le regroupement familial ne doit pas constituer un risque concret de mettre les intéressés de manière continue à la charge de l'assistance. Un tel risque existe si le revenu de la famille n'atteint pas le minimum vital. Le revenu à prendre en considération n'est pas celui qui existe au moment de la décision, mais celui dont pourrait disposer le requérant si sa famille était autorisée à le rejoindre (notamment les prestations complémentaires pour enfants).

En l'espèce, la décision de première instance est fondée sur un constat inexact des faits. Le recours est admis, la décision annulée et le dossier renvoyé à l'autorité intimée pour complément d'instruction.

Articles 8 et 10 de la Convention

*Concerne :
Secret de la correspondance des détenus*

Tribunal administratif du Canton de Zurich, 25 mai 2005 – Réf. : Schweizerisches Zentralblatt für Staats und Gemeindeverwaltung, 2005, pp. 575-586

L'affaire concerne la censure d'une lettre d'un prisonnier contenant des caricatures de différentes personnes en charge de l'exécution des peines, susceptibles d'être destinées à la publication.

Dans la mesure où il n'est pas exclu que les destinataires des caricatures puissent les transmettre à un journal de détenus publié sur Internet, la mesure de censure porte atteinte non seulement au droit au respect de la correspondance mais également à celui de la libre communication (liberté d'expression et de la presse). La liberté de la presse comprend les publications uniques et périodiques sur Internet, soit également la publication dans des journaux et revues en ligne.

Pour qu'une limitation des droits susmentionnés soit admissible, il faut tout d'abord une base légale valable : tel est le cas en l'espèce, où les dispositions du droit de l'exécution des peines prévoient que la correspondance peut être retenue si l'ordre carcéral pourrait être mis en péril par la

transmission du courrier incriminé. Il faut également que la limitation vise un intérêt, public ou privé, prépondérant et qu'elle soit proportionnée. La protection de l'autorité contre les critiques ne constitue pas un motif valable pour porter atteinte aux droits susmentionnés. La mesure de censure n'est, en outre, pas nécessaire pour protéger les droits de la personnalité des personnes représentées dans les caricatures. Ces personnes peuvent, en effet, utiliser des moyens du droit civil et pénal pour poursuivre l'auteur des caricatures après la publication de celles-ci. Une intervention préventive n'était donc pas justifiée.

Enfin, dans la mesure où il n'est pas établi que la publication des caricatures aurait pu mettre en péril l'ordre dans la prison, la mesure ne se justifiait pas.

La mesure de censure s'avérant disproportionnée, le tribunal en conclut que l'établissement pénitentiaire doit transmettre les caricatures à leurs destinataires.

Article 10 de la Convention

*Concerne :
Caractéristiques d'un propos discriminatoire*

Tribunal fédéral, 6 octobre 2004 – Réf. : Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, vol. 131/2005, IV, pp. 23-32 (Pourvoi en nullité)

Constituent un rabaissement ou une discrimination au sens de l'Article 261bis al. 4 du Code pénal tous les comportements qui dénie à des membres de groupes, en

raison de leur race, leur ethnie ou leur religion, une valeur égale en tant qu'êtres humains ou des droits de l'homme égaux, ou du moins qui remettent en question cette égalité.

La liberté d'expression commande que l'on n'admette pas trop facilement, dans le débat politique, l'existence d'un rabaissement ou d'une discrimination au sens de l'Article 261bis al. 4 du Code pénal. Ne se rend pas encore coupable de cette infraction

celui qui exprime quelque chose de négatif sur un groupe humain protégé par cette disposition, pour autant que la critique demeure globalement dans les limites de l'objectivité et repose sur des faits objectifs.

Articles 10 et 11 de la Convention

*Concerne :
Interdiction de la tenue
d'une manifestation*

Tribunal administratif du Canton de Genève, 9 novembre 2004 – Réf. : La Semaine Judiciaire, vol. 2005 I, pp. 349-362

L'affaire concerne la décision du Département de justice, police et sécurité du canton de Genève de refuser la réunion des membres d'une association pour une manifestation le 15 mars 2004, soit le jour de l'ouverture de la Commission des droits de l'homme de l'ONU, et posant des conditions particulièrement limitatives à des réunions durant les autres jours de la session.

Le refus du Département de justice, police et sécurité d'autoriser une manifestation, de même que les conditions posées par l'autorité quant à son déroulement, constitue une décision au sens de l'Article 4 de la loi sur la procédure administrative du Canton de Genève.

Une personne morale, telle qu'une association, peut se prévaloir de la liberté de réunion si elle entend organiser, comme en l'espèce, une réunion publique. La liberté de réunion, garantie aux Articles 22 al. 2 de la Constitution fédérale et 11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, consacre le droit de toute personne de se rassembler avec d'autres, notamment en vue d'échanger des idées et de les communiquer à des tiers. Elle constitue un des fondements d'une société démocratique et ne peut, dès lors, faire l'objet d'une interprétation restrictive. L'Etat doit non seulement protéger le droit de réunion pacifique, mais également s'abstenir d'y apporter des restrictions indirectes abusives.

La liberté de réunion doit être interprétée à la lumière de la liberté d'expression, garantie aux Articles 16 de la Constitution fédérale et 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Lorsque la décision attaquée a spécifiquement pour objet le droit des personnes de se réunir, il n'y a pas lieu d'examiner le problème séparément sous l'angle de la liberté d'expression.

Les mesures pouvant justifier une restriction de la liberté de réunion doivent être fondées sur une base légale valable. Tel est le cas en l'espèce.

Elles doivent, en outre, viser à protéger un intérêt public important, tel que l'ordre public, la sécurité, la tranquillité, la santé ou la moralité publiques. En l'espèce, parmi les intérêts invoqués par le Département, seuls peuvent être considérés comme tels la protection contre les troubles de la circulation, la tranquillité publique et le respect dû à l'ONU et à ses membres. En revanche, le Département ne peut baser sa décision sur les autres raisons invoquées, soit les doutes sur les idées véhiculées par l'association en question et la véracité de ses propos et le manque d'« ancrage local » du thème de la manifestation, etc.

Les mesures prises doivent, enfin, être proportionnées. Tel n'était pas le cas en l'espèce, où les interdictions et limitations n'étaient ni nécessaires, ni proportionnées au sens strict.

Article 13 de la Convention

*Concerne :
Langue de rédaction
des décisions en
matière d'asile*

**Commission de recours en matière d'asile, 3 novembre 2004 –
Réf. : Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération,
vol. 69/2005, pp. 580-597**

L'Office fédéral des réfugiés (ODR) doit, en principe, rédiger la décision dans la langue officielle du lieu de résidence du demandeur d'asile. Les exceptions possibles au sens de l'Article 4 de l'Ordonnance sur l'asile sont conditionnées par les droits au

recours effectif et au procès équitable (Décision de principe).

L'ODR peut, exceptionnellement, rendre une décision en application de l'Article 4b. ou 4c. de l'Ordonnance sus-citée, à la condition de prendre des mesures correctives

adéquates pour garantir le droit à un recours effectif et à un procès équitable.

Parmi les mesures possibles, l'ODR peut procéder à la traduction orale de la décision dans une langue connue du requérant.

Si l'ODR n'a ni pris de mesures adéquates ni remédié à cette lacune au stade du recours, la conséquence sera la cassation de sa décision, dans l'hypothèse où le recourant n'est pas représenté par un mandataire professionnel et qu'il ressort du recours

qu'il n'a pas compris de manière suffisante la décision attaquée.

La cassation de la décision au seul motif que les règles sur la langue de la décision ont été violées sera, en revanche, exclue si, en instance de recours, le demandeur d'asile a été assisté d'un mandataire professionnel.

L'ODR pourra se voir imputer des dépens, en particulier les frais utiles que le recourant débouté aura engagés pour remédier à l'irrégularité susmentionnée.

*Concerne :
Délai de recours en
matière d'asile*

Commission de recours en matière d'asile, 24 mai 2004 – Réf. : Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, vol. 69/2005, pp. 328-334

Le délai de recours de cinq jours ouvrables prescrit à l'Article 108a. de la loi fédérale sur l'asile est valable aussi bien pour contester la décision de non-entrée en réponse à une demande d'asile que pour attaquer la décision de renvoi et d'exécution du renvoi.

Le droit à un recours effectif stipulé à l'Article 13 de la Convention européenne des Droits de l'Homme n'est pas violé du seul fait que, selon l'Article sus-cité, le recours contre une décision de non-entrée doit être déposé dans un délai de cinq jours ouvrables.

United Kingdom/Royaume-Uni

Article 3 of the Convention

*Concerns:
Asylum-seekers' fundamental human rights*

House of Lords, 3 November 2005, R. v Secretary of State for the Home Department ex parte Adam (FC), Secretary of State for the Home Department ex parte Limbuela (FC), and Secretary of State for the Home Department ex parte Tesema (FC), [2005] UKHL 66

In this case, the House of Lords considered the circumstances in which state support must be given to asylum-seekers on the basis of their fundamental human rights.

The background to the case was that the Nationality, Immigration and Asylum Act 2002 at section 95 authorises the Secretary of State to provide for the provision of support for asylum-seekers and their dependants who appear to be destitute. However, section 55(1) revokes that authority if the Secretary of State is not satisfied that the individual has not made a recorded claim as soon as reasonably practical after arrival in the United Kingdom. A qualification expressed in section 55(5)(a) provides that this restriction on support "shall not prevent the exercise of a power by the Secretary of State to the extent necessary for the purpose of avoiding a breach of a person's Convention rights (within the meaning of the Human Rights Act 1998)".

Three asylum seekers, claiming they were destitute, sleeping rough, prohibited from working, and had no means of obtain-

ing money for food, challenged a withdrawal of support by way of judicial review of the Secretary of State's decision. The court of first instance, the Administrative Court, held that the Secretary of State was obliged to provide support. An appeal by the Secretary of State to the Court of Appeal was dismissed, and this further appeal to the House of Lords was also dismissed. In giving judgment, the House of Lords considered the legal principles involved at length.

The House of Lords held that the withdrawal of support engaged Article 3 of the European Convention on Human Rights, prohibiting inhuman or degrading treatment. Under the Human Rights Act, section 6, it was the duty of any public authority to refrain from acting in a way incompatible with a Convention right, which Parliament had deliberately preserved by section 55(5)(a) of the Nationality, Immigration and Asylum Act 2002. The regime imposed on late applicants for support amounted to "treatment" within the meaning of Article 3;

and section 55 (5) (a) plainly indicated that treatment may be “inhuman or degrading”.

In describing the threshold for what constituted “inhuman or degrading treatment” in the context of state support, the senior Law Lord, Lord Bingham, said it was when “if, to a seriously detrimental extent, it denies the most basic needs of a human being” (para 7). He stated that there was no general public duty to house the homeless or provide for the destitute inherent in Article 3. However, he said, “I have no doubt that the threshold may be crossed if a late applicant with no means and no alternative sources of support, unable to support himself, is, by the deliberate action of the state, denied shelter, food or the most basic necessities of life”. Normally, the threshold would be crossed when a person was compelled to sleep on the street, or was seriously hungry, or lacked the most basic hygiene requirements.

On the time when the duty upon the state arose to protect the asylum-seekers’ Convention rights to freedom from inhuman or degrading treatment by providing support, the court stated this to be, “when it appears on an objective assessment of all relevant facts and circumstances that an individual applicant faces an imminent prospect of serious suffering caused or materially aggravated by denial of shelter, food or the most basic necessities of life” (para 8). The court referred to a range of factors that may affect that judgment. These included the age, gender, mental and physical health and condition of the applicant; any alternative facilities or sources of support available to the applicant; the weather and time of year; and the period of time the applicant had already suffered, or was likely to suffer in the future.

Articles 3 and 6 of the Convention

*Concerns:
Evidence obtained by
torture*

House of Lords, 8 December 2005, A. (FC) and others v. Secretary of State for the Home Department and A. and others v. Secretary of State for the Home Department, [2005] UKHL 71

This case concerned the admissibility of evidence obtained by torture and the onus of proof where a party alleges that evidence against them had been obtained by torture. The case was heard by a larger than usual number of judges sitting in the House of Lords, being seven instead of the usual five, in recognition of the public importance of the legal issues arising.

The background to the case was that the appellants had been certified by the Secretary of State under the provisions of the Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 as suspected terrorists, enabling them to be detained. On appeal to the Special Immigration Appeals Commission, the appellants challenged the validity of the statement of evidence that the Secretary of State had relied upon to justify his certificate. The Commission held that the fact that evidence had, or might have been, obtained by torture inflicted by foreign officials without the complicity of the British authorities was relevant to the weight of evidence but did not of itself render the evidence inadmissible. The Court of Appeal upheld that decision, which was then the subject of this final appeal to the House of Lords.

The court allowed the appeals and remitted the individuals’ cases to the Special Immigration Appeals Commission for reconsideration of their certification as

suspected terrorists. In its judgment, the court emphasised that a court could not receive evidence obtained by the use of torture. The basis of this was various, starting with the English common law itself which had, in the words of Lord Bingham, senior law lord, “from its very earliest days... set its face firmly against the use of torture. Its rejection of this practice was indeed hailed as a distinguishing feature of the common law, the subject of proud claims by English jurists”. He went on to say, “In rejecting the use of torture, whether applied to potential defendants or potential witnesses, the common law was moved by the cruelty of the practice as applied to those not convicted of crime, by the inherent unreliability of confessions or evidence so procured and by the belief that it degraded all those who lent themselves to the practice” (at para 11). Sections 76 and 78 of the Police and Criminal Evidence Act 1984 also provide for the exclusion of evidence obtained by oppression or unfair means.

The second principle enunciated by the court was that where a party raised a plausible reason before Special Immigration Appeals Commission why evidence against them might have been procured by torture, or where the Commission from its own knowledge and expertise suspected that the evidence may have come from a country known or

widely believed to practise torture, the onus of proof was then on the Commission to consider, make inquiries, and determine a fair judgment whether the evidence had been obtained by torture, or whether there was a real risk that it may have been so obtained. By a majority, the court decided that the appropriate test for admitting the evidence or not was whether the Commission established by diligent inquiries as were practically possible into the sources, and on a balance of probabilities, that the information available to the Secretary of State had been obtained by torture.

The court made extensive references to the case law of the European Convention on Human Rights under Articles 3 and 6, and to other international treaties relevant to the subject notably the United Nations Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984. As Lord Bingham said, English law had “regarded torture and its fruits with abhorrence for over 500 years, and that abhorrence is now shared by over 140 countries which have acceded to the Torture Convention”.

Article 6 of the Convention

*Concerns:
Admissibility of
evidence where the
defendant claims a
confession had been
obtained by oppression*

House of Lords, 21 April 2005, R. v. Mushtaq, [2005] UKHL 25

In this case, the House of Lords considered the law and procedure governing the admissibility of evidence at a criminal trial, and the directions to be given by a judge to the jury, where the defendant claims a confession had been obtained by oppression.

The domestic law on the subject is governed by section 76(2) of the Police and Criminal Evidence Act 1984. This provides, “If, in any proceedings where the prosecution proposes to give in evidence a confession made by the accused, it is represented to the court that the confession was or may have been made in consequence of oppressive treatment of the accused or in consequence of any threat or inducement, the court shall not allow the confession to be given in evidence by the prosecution... except in so far as the prosecution proves to the court beyond reasonable doubt that the confession (notwithstanding that it may be true) – (a) was not obtained by oppressive treatment of the accused; and (b) was not made in consequence of any threat of inducement...”

The court articulated the principles underlying the law on confessions obtained by oppression. These were the right not to be compelled to incriminate oneself; the importance of proper behaviour by the police towards those in their custody; and the potential unreliability of such a confession (see para 7, per Lord Hutton).

At the trial of the defendant who was charged with conspiracy to defraud and possessing material designed or adapted for the making of a false instrument, the prosecution relied upon a confession which had been made by the defendant, though he claimed it

had been obtained by police oppression. When summing up for the jury before they considered their verdict, the judge directed that the jury may rely on the confession if they believed it was true, regardless of whether or not it might have been obtained by oppression. He said, “It is for you to assess what weight should be given to the confession. If you are not sure, for whatever reason, that the confession is true, you must disregard it. If, on the other hand, you are sure that it is true, you may rely on it, even if it was, or may have been, made as a result of oppression or other improper circumstances”. The defendant was convicted.

The House of Lords held that the judge had misdirected the jury. The jury should have been directed that, if they considered the confession was, or might have been, obtained by oppression, they should disregard it. The direction given by the judge constituted an invitation to the jury to act in a way that was incompatible with the defendant’s right against self-incrimination which was implied in the wording of the right to a fair trial guaranteed by Article 6 of the European Convention on Human Rights.

On the circumstances of this case, however, there had been no evidence of oppression submitted and none admitted to by the police officers in cross-examination. In the court’s opinion, therefore, there had been no need for the judge to give any direction to the jury on the admissibility of the confession. Accordingly, the direction could not have affected the fairness of the trial or the safety of his conviction, so the appeal was dismissed.

Article 7 of the Convention

Concerns:
Application of common law offence of public nuisance

House of Lords, 27 October 2005, R. v. Rimmington and R. v. Goldstein State for the Home Department, [2005] UKHL 63

In this case, R. v. Rimmington and R. v. Goldstein, two appellants had been convicted of the common law offence of causing a public nuisance. One had sent a large number of postal packages containing racist material to individual members of the public based on their ethnicity; the other had posted an envelope containing salt as a practical joke to a friend, which leaked at the postal sorting office, causing alarm as it was believed that the salt was anthrax.

The two men appealed, submitting that the common law offence of public nuisance, firstly, no longer had practical application because such actions had become the subject of a number of express statutory provisions; and secondly, that as a crime it lacked the certainty and predictability necessary to meet the requirements of Article 7 of the European Convention on Human Rights.

The House of Lords recognised that conduct chargeable as the crime of public nuisance was indeed now covered by a range of new statutory offences, and that “where Parliament has defined the ingredients of an offence... it must ordinarily be proper that conduct falling within that definition should be prosecuted for the statutory offence and not for a common law offence...” (see paras 28-30). However, the court has no power to abolish existing

offences, and it was not for the court to conclude that the common law offence no longer existed, even if resort to it in the future will be “relatively rare”.

Delivering his opinion, Lord Bingham described the two relevant guiding principles of the common law in the case, being that “no one should be punished under a law unless it is sufficiently clear and certain to enable him to know what conduct is forbidden before he does it”; and that “no one should be punished for any act which was not clearly and ascertainably punishable when the act was done”. These principles, he said, were entirely consistent with Article 7 § 1 of the European Convention on Human Rights; and with the Strasbourg jurisprudence on this topic which had been clear and consistent. The common law offence of public nuisance, in his view, was “clear, precise, adequately defined and based on a discernible rational principle” (at para 36).

However, on the facts, the conduct of neither of the two appellants fell squarely within the established common law elements of public nuisance, because they rested on an injury caused to separate individuals, rather than the essential ingredient of a common nuisance suffered by the community, or a significant section of it, as a whole. The appeals were therefore allowed.

Articles 9 of the Convention and 2 of Protocol No. 1

Concerns:
Corporal punishment in schools

House of Lords, 24 February 2005, R. v. Secretary of State for Education and Employment and others ex parte Williamson, [2005] UKHL 15

There is now a total ban on corporal punishment by teachers in all schools across the United Kingdom. However, in this case, the appellants sought to argue that this ban was incompatible with their Convention rights under the Human Rights Act 1998.

The background is that, following the ruling of the European Court of Human Rights in *Campbell and Cosans v. United Kingdom* (1982) 4 EHRR 293, the Education (No. 2) Act 1986, section 47, was passed to prohibit corporal punishment in all state run and state-funded schools. As regards independent schools, the United Kingdom government responded to another Court of Human Rights case, *Costello-Roberts v. United Kingdom* (1993) 19

EHRR 112, by passing the Education Act 1993, section 293, addressing the severity of corporal punishment, by providing that it could not be justified if inhuman or degrading. Then in 1996, section 548 of the Education Act that year extended the ban on any kind of corporal punishment from state schools to independent schools as well.

The court recognised that the appellant parents’ rights under Article 9 of the European Convention on Human Rights, namely freedom of thought, conscience and religion, and Article 2 of its First Protocol, namely the right to education in conformity with the parents’ own religious and philosophical convictions, were engaged. The schools that their children attended were

independent schools established to provide Christian education based on biblical observance. It was accepted that part of the Christian beliefs and philosophical convictions of the appellants was that corporal punishment, when appropriate, should be integral in the discipline of the education and upbringing of their children.

However, the court held that the religious beliefs of the appellants were legitimately restricted by the wider considerations of a nature set out in Article 9 § 2, namely limitation prescribed by law and necessary in a democratic society for the protection of the rights and freedoms of others. The restriction in law was set out in clear terms by section 548 of the Education Act 1996. It pursued a legitimate aim, which was to promote the protection and well-being of children. The means adopted to achieve that aim were appropriate, and they were not disproportionate to their restrictive effect on those parents who believed in the positive

value of corporal punishment where appropriate as part of their religious and philosophical belief system.

Furthermore, in the opinion of Baroness Hale, this restriction was not contrary to the concept in the First Protocol, Article 2, that the state must have “respect” for a parent’s convictions in guaranteeing the right to education. Respect for convictions did not necessarily mean the state must allow them to be practised (paras 77-78).

Baroness Hale made reference to the fact that no one at the trial had been present to represent and voice the interests and views of the children concerned. “This is, and always has been, a case about children, their rights and the rights of their parents and teachers. Yet there has been no one here or in the courts below to speak on behalf of the children. No litigation friend has been appointed to consider the rights of the pupils involved separately from those of the adults” (at para 71).

Articles 56 of the Convention and 1 of Protocol No. 1

*Concerns:
Territorial application
of the Convention on
Human Rights*

House of Lords, 13 October 2005, R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs ex parte Quark Fishing Limited, [2005] UKHL 57

In this case, the House of Lords considered the territorial application of the European Convention on Human Rights to one of the United Kingdom’s overseas territories.

In the original judicial review hearing, Quark had successfully challenged the lawfulness of the Secretary of State’s order not to renew its fishing licence off the coast of South Georgia and the South Sandwich Islands, which is an overseas territory of the United Kingdom. Quark had suffered substantial financial loss as a result of the Secretary of State’s unlawful order, but was unable to obtain compensation because in English public law there is no right to damages for losses caused by unlawful administrative action. However, under the Human Rights Act 1998, section 7, there is a remedy of damages available for a violation of a Convention right. The question whether the Secretary of State had violated Quark’s Convention right to protection of property and not to be deprived of possessions, giving rise to a claim for damages, went to appeal before the House of Lords.

In giving its decision rejecting Quark’s claim, the House of Lords held that the Secretary of State had acted on behalf of the Queen, who in this context is Queen of South Georgia and the Sandwich Islands

(para 12). In this capacity, the Secretary of State was not a United Kingdom ‘public authority’ for the purpose of section 6 of the Human Rights Act. Furthermore, the provisions of the Human Rights Act as a United Kingdom statute cannot be interpreted as having an extended territorial reach outside the United Kingdom (para 36).

The question was considered whether Quark could apply to the European Court of Human Rights claiming violation of his Convention rights under, Article 1 of Protocol No. 1, if such right there be. Under Article 56, member states have a choice about extending the effect of the Convention to territorial areas not forming part of the member state but for whose foreign relations the member state is responsible. The United Kingdom had extended the Convention, but not the First Protocol, to overseas territories including South Georgia and the Sandwich Islands (then a dependency of the Falkland Islands) in 1953. Baroness Hale commented, “We have no idea whether this was deliberate or an oversight. But the fact remains that the First Protocol does not have ‘effect in relation to the United Kingdom’ in respect of the deprivation of possessions in South Georgia and the Sandwich Islands” (para 97).

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/