

meer omdat de politie op heimelijke wijze opnamen had gemaakt van de persoon toen deze zich in hechtenis bevond.

In HR 18 januari 2003, nr. 01439/03 doet zich een vergelijkbare problematiek voor. De officier van Justitie vraagt aan de burgemeester de foto van een persoon, bewoner van een woonwagencamp. Die foto die zich in de gemeentelijke administratie bevindt, wordt afgegeven en vervolgens door Justitie voorgelegd aan een of meer getuigen met de vraag of zij de persoon herkennen als mogelijke pleger van een strafbaar feit. Als verweer werd onder meer aangevoerd dat Justitie de foto onrechtmatig had verkregen omdat ten tijde van het opvragen van de foto er nog geen verdenking bestond ten aanzien van de betrokkene. Dat verweer wordt door de Hoge Raad verworpen: de enkele omstandigheid dat toentertijd ten aanzien van de verdachte nog geen sprake was van een redelijk vermoeden van schuld als bedoeld in art. 27 Sv, brengt niet mee dat het bedoelde gebruik van zijn foto in het kader van het opsporingsonderzoek naar de begane strafbare feiten reeds daardoor een niet toegelaten inbreuk vormt op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte als bedoeld in art. 8 EVRM. Ook het gebruik in een fotoconfrontatie wordt niet als een schending van art. 8 gezien. Daartoe wordt onder meer overwogen: de foto was door de verdachte vrijwillig afgestaan; het gaat dus niet om een foto die is gemaakt onder zodanige omstandigheden of op zodanige wijze dat daardoor inbreuk is gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte, en die foto was uitsluitend bestemd voor identificatie van daders in een lopend opsporingsonderzoek waarbij die foto niet aan een groter publiek is getoond.

Een andere factor van betekenis is het opsporingsbelang. Zoals gezegd dient er bij gebruik van door Justitie vervaardigde foto's die breed worden gepubliceerd sprake te zijn van een zwaar opsporingsbelang. Daarbij dient onder meer gekeken te worden naar de ernst van het feit of naar de vraag of andere ernstige feiten kunnen worden voorkomen. En tot slot zullen telkens de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit moeten worden geoperationaliseerd.

Er bestaat naar het schijnt een groeiende behoefte om foto's van verdachten te publice-

ren terwijl daarnaast met toenemende regelmaat kan worden vastgesteld dat de personalia van verdachten volledig in dagbladen wordt afgedrukt. De zaak *Sciacca* maakt duidelijk dat juist ook in onze mediacratie voorzichtigheid geboden is. Het EVRM biedt hier nog uitkomst.

G. Mols

26

Europees Hof voor de Rechten van Mens
11 januari 2005, nr. 66289/01
(Baka (President), Loucaides, Birsan, Jung-
wiert, Ugrekhelidze, Mularoni)
Noot Kiiver

Kiesrecht. Vereiste van ingezetenschap. Koloniale zelfbeschikking.

[EVRM art. 3 Eerste Protocol]

Klager verhuisde in 1995 van Frankrijk naar Nouméa op Nieuw-Caledonië in de Stille Zuidzee, dat toen een Franse "territoire d'outre-mer" was. Hij liet zich in het algemene kiezersregister van Nouméa inschrijven. Zijn verzoek om tevens in het aparte register voor het in 1998 geplande referendum over de zelfbeschikking van Nieuw-Caledonië te worden ingeschreven, werd evenwel afgewezen. De reden voor de afwijzing was dat hij daar niet de vereiste tien jaar zijn woonplaats had gehad. Op grond van het zogenaamde akkoord van Nouméa, een grondwetsherziening en een wettelijke regeling werd Nieuw-Caledonië een autonome "collectivité" met een congres als wetgevend orgaan. Klager diende verzoeken in om in de kiezersregisters voor de congresverkiezingen en de provincieverkiezingen van 1999 te worden ingeschreven. Ook deze verzoeken werden afgewezen, wederom omdat klager niet de vereiste tien jaar ingezetene was geweest. Zijn beroep tegen deze afwijzing werd in eerste instantie afgewezen, en het Franse hof van cassatie weigerde toetsing omdat het akkoord van Nouméa en de betrokken wet een constitutioneel karakter droegen en derhalve niet konden worden getoetst, ook niet aan het EVRM. Voor het Straatsburgse Hof stelt klager een schending van zijn recht om de wetgevende macht te kiezen (art. 3 Eerste Protocol EVRM) evenals disci-

minatie op grond van afkomst (art. 14 EVRM). Het Hof stelt allereerst vast dat het congres van Nieuw-Caledonië over voldoende wetgevingsbevoegdheden beschikte om als "wetgevende macht" in de zin van art. 3 Eerste Protocol EVRM te kunnen worden beschouwd. Volgens de Franse regering moest het vereiste van tienjarig ingezetenschap waarborgen dat plaatselijke verkiezingen de wil van de belanghebbende bevolking weerspiegelden, en niet door recentelijk gearriveerden werden beïnvloed. Het Hof aanvaardt het legitieme doel van de maatregel, en vindt de maatregel, ondanks de schijn van onevenredigheid, ook niet disproportioneel. Frankrijk heeft bij de ratificatie van het EVRM en het Eerste Protocol verklaard dat de bepalingen in de "territoires d'outre-mer" toepasselijk zouden zijn met inachtneming van de "plaatselijke behoeften" zoals bedoeld in (thans) art. 56 EVRM. Het Hof overweegt dat de overgangperiode naar onafhankelijkheid van Nieuw-Caledonië, en het lange en bloederige conflict dat daaraan vooraf is gegaan, bijzondere omstandigheden vormen. Ook overweegt het Hof dat het vereiste van ingezetenschap voor verkiezingen cruciaal is geweest voor het bereiken van een vreedzame oplossing van het conflict. De geschiedenis en de status van Nieuw-Caledonië rechtvaardigen "plaatselijke behoeften", aldus het Hof. Geen schending art. 3 Eerste Protocol. Geen noodzaak om dit artikel in samenhang met art. 14 EVRM te behandelen.

Py
tegen
Frankrijk

En Droit

I. Sur la violation alléguée de l'article 3 du Protocole No. 1

A. Arguments des parties

18. Le requérant invoque l'article 3 du Protocole N° 1 qui dispose:

«Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif.»

19. Il expose qu'en tant qu'enseignant chercheur des universités, il est astreint à une obligation de résidence et ne peut, par ailleurs, rester inscrit sur les listes électorales d'une

commune de métropole. Dès lors, bien que contraint de résider sur le lieu de ses fonctions, il ne peut participer aux scrutins territoriaux. Il souligne qu'il avait sollicité son inscription sur la liste électorale spéciale afin de pouvoir participer à l'élection des membres du congrès. Or, il ne s'agit pas, selon lui, d'un scrutin d'autodétermination susceptible d'être restreint aux populations concernées. Il s'agit de l'élection d'une instance productrice de textes législatifs, les «lois de pays», qui peuvent notamment créer des infractions pénales punissables au maximum de dix ans d'emprisonnement.

20. Le Gouvernement se réfère, à titre principal, aux articles 21 et 99 de la loi organique du 19 mars 1999. Il reconnaît que les compétences conférées au congrès sont larges, mais estime qu'en raison de l'importance des matières dans lesquelles l'Etat reste compétent, le congrès ne dispose pas de suffisamment de pouvoirs pour être considéré, au sens de l'article 3 du Protocole n° 1, comme un «corps législatif» au même titre que l'Assemblée nationale et le Sénat.

21. A titre subsidiaire, il expose que la condition de résidence poursuit un but légitime et ne constitue pas un moyen disproportionné.

Il souligne, tout d'abord, que les seuils de durée de résidence répondent au souci, exprimé par les représentants des populations locales dans le cadre des négociations des accords de Nouméa, de garantir que les consultations traduiront la volonté des populations «intéressées» et que leur résultat ne sera pas altéré par un vote massif des populations récemment arrivées sur le territoire et n'y justifiant pas d'attaches solides. Or, le Gouvernement rappelle que ces consultations sont organisées dans le cadre d'un processus d'autodétermination, que le système décrit est inachevé et transitoire comme cela était le cas dans l'affaire *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique* (arrêt du 2 mars 1987, série A n° 113).

22. Les conditions du droit de vote ont été prévues dès 1988 dans le but de redonner au territoire une plus grande cohésion, de lui permettre d'atteindre un meilleur équilibre géographique et économique et de permettre aux populations de se prononcer librement et en toute connaissance de cause, sur la nature

des liens entre ce territoire et la France, en exerçant le droit constitutionnel à l'autodétermination. Étaient admis à participer à ce scrutin les électeurs inscrits sur les listes électorales du territoire à la date de cette consultation et qui auront été domiciliés de manière continue depuis la date du referendum approuvant le projet de loi.

23. Le Gouvernement ajoute que la limitation du droit de vote est la conséquence directe et nécessaire de l'instauration d'une citoyenneté calédonienne et que les conditions d'inscription sur la liste électorale spéciale et celles à l'octroi de la nationalité calédonienne sont identiques.

Il insiste finalement sur le fait que la condition de résidence a constitué un élément essentiel à l'apaisement d'un conflit meurtrier particulièrement aigu. Il considère en conséquence que le but poursuivi par cette condition est parfaitement légitime.

24. Il considère également que cette condition de résidence n'est pas disproportionnée. En effet, le requérant a été inscrit sur les listes électorales ordinaires jusqu'à son départ et a joui sans restriction de son droit de vote lors des consultations générales, c'est à dire autres que celles intéressant uniquement le territoire de Nouvelle-Calédonie. Le Gouvernement ajoute que seuls 7,5% environ du corps électoral ont été exclus du scrutin du 8 novembre 1998 et des élections du 9 mai 1999, et que la plupart de ces personnes n'ont pas vocation à rester en Nouvelle-Calédonie. Ainsi, les exclus sont les personnes qui sont moins concernées par les questions liées à la gestion de l'autonomie du territoire et portent un intérêt moins durable à ses problèmes.

25. Le Gouvernement se réfère aux conclusions du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies, qui, saisi du même problème, a estimé le 15 juillet 2002 que les faits dont il était saisi ne faisaient apparaître aucune violation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

26. A titre très subsidiaire, il estime que cette restriction est justifiée par des nécessités locales impérieuses. Le Gouvernement invoque l'article 56 § 3 de la Convention et se réfère aux travaux préparatoires à la Convention pour souligner que l'objectif de cet article était de «tenir compte de l'autonomie réservée en la matière à certains

territoires d'outre-mer». Il ajoute que la France, lorsqu'elle a ratifié la Convention et ses Protocoles n° 1 et 4, a déclaré que chacun de ces textes «s'appliquera à l'ensemble des territoires de la République, compte tenu, en ce qui concerne les territoires d'outre mer, des nécessités locales auxquelles l'article 63 [actuel article 56] fait référence».

27. Or, le Gouvernement estime qu'existe, en l'espèce, la preuve décisive et manifeste d'une nécessité impérieuse au sens de l'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* (arrêt du 25 avril 1978, série A n° 26). En effet, après une histoire politique et institutionnelle tourmentée, le processus d'évolution institutionnelle fixé par le statut du 19 mars 1999 définit un équilibre permettant à la Nouvelle-Calédonie de connaître aujourd'hui une situation politique apaisée et de poursuivre son développement économique et social.

28. Quant aux observations des tiers intervenants, le Gouvernement fait observer à titre liminaire qu'à la date de leur tierce intervention, ils résidaient depuis plus de dix ans en Nouvelle-Calédonie et que l'issue de la requête ne présente donc pas d'intérêt pour eux au vu de l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999.

29. Il rappelle par ailleurs que les tiers intervenants ont déjà saisi des mêmes faits le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies qui, par ses constatations en date du 15 juillet 2002, a estimé qu'il n'y avait pas violation du Pacte international des droits civils et politiques.

30. Au vu de ces considérations, le Gouvernement estime que le grief tiré de l'article 3 du Protocole nu° 1 n'est pas constitutif d'une violation.

B. Arguments des tiers intervenants

31. Les tiers intervenants font d'abord observer que la France n'a fait aucune réserve d'exclusion territoriale de la Convention au sens de l'article 56 § 1 (ancien article 63). Ils exposent que les nécessités locales, lorsqu'elles renvoient au statut juridique particulier d'un territoire, doivent revêtir un caractère impérieux. Selon eux, aucun élément révélant de pareilles nécessités n'apparaît objectivement, s'agissant du suffrage universel.

32. Concernant l'article 3 du Protocole n° 1, les tiers intervenants soulignent que le terme

«corps législatif» ne s'entend pas nécessairement uniquement du parlement national. Ainsi, le congrès de Nouvelle-Calédonie est-il un corps législatif compétent pour adopter des «lois du pays».

Ils ajoutent que dans la mesure où l'intervenant jouissait paisiblement de son droit de vote aux élections législatives sur le territoire de Nouvelle-Calédonie de manière continue depuis son établissement durable, il a été porté atteinte à son droit de vote dans sa substance même. En outre, la marge de manœuvre reconnue à l'Etat est, selon eux, rigoureusement limitée par l'obligation de respecter le principe fondamental de l'article 3, à savoir «la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif».

Ils estiment que qu'il ne saurait en être ainsi lorsque la loi électorale calédonienne dispose que chaque liste doit recueillir au moins les voix de 5% des électeurs inscrits pour être admise à la répartition des sièges et que sont retranchés du corps électoral en question les inscrits ne remplissant pas la condition litigieuse. Ils ajoutent que, dans ces conditions, il ne s'agit même plus d'un corps électoral représentatif du territoire où ils vivent.

Ils soutiennent que ce retrait d'un droit acquis méconnaît également l'article 17 de la Convention.

33. Les tiers intervenants ne contestent pas qu'un Etat puisse fixer une durée de résidence minimale des électeurs. Ils soutiennent toutefois que cette condition doit s'interpréter de manière stricte et invoquent le droit de choisir librement sa résidence au sens de l'article 2 du Protocole n°4.

34. Les tiers intervenants exposent qu'en raison de leurs professions respectives, ils seront concernés par les «lois de pays» et qu'ils se trouvent privés du droit de voter pour leurs représentants au congrès alors qu'ils sont établis de manière stable et durable en Nouvelle-Calédonie depuis 1991 et pensent demeurer en Nouvelle-Calédonie, y compris pour leur retraite.

35. Ils soutiennent également que l'exclusion de naturalisés ou de nationaux français du corps électoral calédonien en raison d'une discrimination tirée de leur ascendance nationale ou de leur origine parentale viole l'article 14 de la Convention.

C. Appréciation de la Cour

36. La Cour rappelle d'emblée que les mots «corps législatif» ne s'entendent pas nécessairement du seul parlement national; il convient de les interpréter en fonction de la structure constitutionnelle de l'Etat en cause. Dans l'affaire *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, la réforme constitutionnelle belge de 1980 avait conféré au Conseil flamand suffisamment de compétences et de pouvoirs pour que l'on pût considérer que, comme d'ailleurs le Conseil de la Communauté française et le Conseil régional wallon, il faisait partie du «corps législatif» belge, au même titre que la Chambre des représentants et le Sénat (arrêts *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique* du 2 mars 1987, série A n° 113, p. 23, § 53 et *Matthews c. Royaume-Uni* [GC], n° 24833/94, § 40, CEDH 1999-I; voir également, en ce qui concerne l'applicabilité de l'article 3 du Protocole n° 1 aux parlements régionaux en Autriche et en Allemagne, les décisions de la Commission des 12 juillet 1976 (requête n° 7008/75, DR 6, p. 120) et 11 septembre 1995 (requête n° 27311/95, DR 82-A, p. 158)).

37. Elle relève qu'en l'espèce, la loi organique du 19 mars 1999 reprend le principe d'une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie qui était l'une des innovations majeures apportées par l'accord de Nouméa puis par la loi du 9 novembre 1988 et prévoit des transferts successifs de compétences de l'Etat vers la Nouvelle-Calédonie. La compétence de droit commun reste aux provinces, les compétences de l'Etat et celles de la Nouvelle-Calédonie étant des compétences d'attribution.

38. Le titre III de la loi de 1999 traite des institutions de la Nouvelle-Calédonie et notamment du congrès. Il y est décrit comme l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie (article 62) et ses membres, élus pour 5 ans, sont des membres des assemblées de province. Il gère les affaires communes de la Nouvelle-Calédonie. L'initiative des lois du pays et des délibérations appartient concurremment au gouvernement et aux membres du congrès (article 73).

39. Le chapitre 2 crée la catégorie des «lois du pays», votées par le congrès et ayant valeur législative. Ces lois du pays, dont le champ d'application est précisément défini et ne recouvre qu'une partie des compétences réglementaires de la Nouvelle-Calédonie, sont

systématiquement soumises pour avis au Conseil d'Etat et ont, une fois adoptées, force de loi. Elles sont également susceptibles d'être soumises au contrôle du Conseil Constitutionnel exercé avant promulgation et sur saisine du haut-commissaire, du gouvernement, du président du congrès, du président d'une assemblée de province ou d'au moins 18 membres du congrès.

40. Entre autres attributions, le congrès vote le budget et approuve les comptes de la Nouvelle-Calédonie. En matière pénale il peut assortir les infractions aux lois du pays et à ses règlements de peines d'amendes qui respectent la classification des contraventions et délits et n'excèdent pas le maximum prévu pour les infractions de même nature par les lois et règlements de la République. Sous réserve d'une homologation de sa délibération par la loi, il peut également assortir les infractions aux lois du pays et aux règlements qu'il édicte de peines d'emprisonnement qui respectent la classification des délits et n'excèdent pas le maximum prévu pour les infractions de même nature par les lois et règlements de la République.

41. La Cour doit veiller à ce qu'un «régime politique véritablement démocratique» existe dans les territoires auxquels la Convention s'applique, et, dans ce contexte, elle doit avoir égard non seulement aux pouvoirs strictement législatifs d'un organe donné, mais également au rôle joué par celui-ci dans l'ensemble du processus législatif.

42. Compte tenu des compétences attribuées au Congrès par la loi organique de 1999, la Cour estime qu'il n'est plus seulement un organe consultatif, mais est devenu un organe appelé à jouer un rôle déterminant, suivant les questions à traiter, dans le processus législatif en Nouvelle-Calédonie.

43. Elle est d'avis, en conséquence, que le congrès se trouve suffisamment associé à ce processus législatif spécifique pour être considéré comme une partie du «corps législatif» de la Nouvelle-Calédonie aux fins de l'article 3 du Protocole n° 1.

44. Il convient ensuite de déterminer si le fait de n'accorder le droit de vote aux élections des membres du congrès de Nouvelle-Calédonie qu'aux seuls individus pouvant justifier d'une résidence de dix ans au moins sur le territoire est compatible avec cet article:

45. La Cour rappelle que les droits consacrés par l'article 3 du Protocole n° 1 ne sont pas absolus mais sujets à restrictions. Comme l'article 3 les reconnaît sans les énoncer en termes exprès ni moins encore les définir, il y a place pour des «limitations implicites» (*Labita c. Italie* [GC], n° 26772/95, § 201, CEDH 2000-IV).

46. Les Etats contractants jouissent en effet d'une ample marge d'appréciation eu égard à la diversité dans l'espace et à la variabilité dans le temps de leurs lois en matière électorale. Les règles relatives à l'octroi du droit de vote, reflétant les soucis de participation des citoyens mais également de connaissance de la situation particulière de la région concernée, varient en fonction des facteurs historiques et politiques propres à chaque Etat; la multitude de situations prévues dans les législations électorales de nombreux Etats membres du Conseil de l'Europe démontre la diversité des choix possibles en la matière. Cependant, aucun de ces critères ne devrait en principe être considéré comme plus valable qu'un autre, à condition qu'il garantisse l'expression de la volonté du peuple à travers des élections libres, honnêtes et périodiques. Aux fins d'application de l'article 3, toute loi électorale doit toujours s'apprécier à la lumière de l'évolution politique du pays, de sorte que des détails inacceptables dans le cadre d'un système déterminé peuvent se justifier dans celui d'un autre.

47. Cette marge de manœuvre reconnue à l'Etat n'est toutefois pas illimitée. Il appartient, en effet, à la Cour de statuer en dernier ressort sur l'observation des exigences du Protocole n° 1. Il lui faut s'assurer que lesdites conditions ne réduisent pas les droits dont il s'agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité, qu'elles poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés. Ces conditions ne doivent pas, en particulier, contrecarrer «la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif» (voir *Gitonas et autres c. Grèce*, arrêt du 1^{er} juillet 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-IV, p. 233, § 39, *Matthews c. Royaume-Uni* [GC], n° 24833/94, § 63, CEDH-1999, *Podkolzina c. Lettonie*, n° 46726/99, § 33, 9 avril 2002 et *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, arrêt du 2 mars 1987, série A n° 113, p. 23, § 52).

48. L'ancienne Commission et la Cour ont déjà décidé que la condition de la résidence ou de la durée de résidence dont est assorti l'exercice ou la possession du droit de vote à des élections ne constitue pas, en principe, une restriction arbitraire du droit de vote et, en conséquence, n'est pas incompatible avec les dispositions de l'article 3 du Protocole n° 1 (voir, pour la Cour, *Hilbe c. Liechtenstein* (déc.), n° 31981/96, CEDH 1999-VI et, pour l'ancienne Commission, *Polacco et Garofalo c. Italie*, n° 23450/94, décision de la Commission du 15 septembre 1997, Décisions et Rapports (DR) 90-A/B, p. 5).

49. En l'espèce, la loi organique de 1999 institue un corps électoral restreint pour les assemblées des provinces et au congrès. En effet, elle réserve aux électeurs qui remplissent certaines conditions, notamment une résidence sur place de plus de dix ans, la possibilité de participer aux élections des membres du congrès et des assemblées de province. En conséquence, la demande du requérant d'être inscrit sur les listes électorales afin de participer aux élections des assemblées des provinces et du congrès fut rejetée.

50. Selon le Gouvernement, les seuils de durée de résidence répondent au souci, exprimé par les représentants des populations locales dans le cadre des négociations des accords de Nouméa, de garantir que les consultations traduiront la volonté des populations «intéressées» et que leur résultat ne sera pas altéré par un vote massif des populations récemment arrivées sur le territoire et n'y justifiant pas d'attaches solides. En outre, la limitation du droit de vote serait la conséquence directe et nécessaire de l'instauration d'une citoyenneté calédonienne.

51. La Cour estime qu'il est possible que le requérant ait établi des liens avec la Nouvelle-Calédonie et que, de ce fait, il ait estimé que certaines des raisons indiquées ci-dessus étaient inapplicables dans son cas.

Cependant, le droit ne peut tenir compte de chaque cas individuel mais doit représenter une norme générale. En outre, le requérant, qui est rentré en métropole depuis lors, ne saurait faire valoir qu'il est visé par les actes des organes politiques au même degré que les citoyens résidents. Partant, la situation du requérant est différente de celle d'un citoyen résident, ce qui est de nature à justifier la

condition de résidence (voir *Hilbe c. Liechtenstein* précité).

52. Compte tenu de ces différents éléments, la Cour estime que la condition de résidence poursuit, en l'espèce, un but légitime.

53. Reste à déterminer si la condition de dix années de résidence sur le territoire pour que le requérant puisse participer aux élections du congrès est proportionnée au but recherché.

54. En l'espèce, il n'est pas contesté que le refus d'inscrire le requérant sur la liste électorale spéciale a été pris dans des conditions ne laissant aucune place à l'arbitraire.

55. La Cour rappelle toutefois que l'objet et le but de la Convention appellent à interpréter et à appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences non pas théoriques ou illusoire, mais concrètes et effectives (voir, notamment, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, arrêt du 30 janvier 1998, Recueil 1998-I, p. 18, § 33 et *Matthews c. Royaume-Uni* précité, § 34).

56. Dans l'affaire précitée *Polacco et Garofalo*, seuls les individus résidant de façon continue depuis quatre ans dans la région du Trentin-Haut-Adige pouvaient s'inscrire sur les listes électorales afin de participer aux élections du Conseil régional, qui avaient lieu tous les cinq ans. L'ancienne Commission avait estimé que cette condition n'était pas disproportionnée au but poursuivi compte tenu de la situation particulière de la région aux plans social, politique et économique. Ainsi, elle avait estimé qu'il ne pouvait être considéré comme déraisonnable d'exiger qu'un électeur réside dans la région depuis une période assez longue avant de pouvoir prendre part aux élections locales pour lui permettre d'avoir une connaissance approfondie du contexte régional de manière à ce que son vote reflète le souci de la protection des minorités linguistiques.

57. En l'espèce, bien que le requérant n'ait pas eu vocation à rester en Nouvelle-Calédonie, il était tout de même assujéti aux lois votées par le congrès et, notamment aux lois pénales qui pouvaient prévoir des peines allant jusqu'à dix ans d'emprisonnement. Or, la condition de dix années de résidence correspond à deux mandats des membres du congrès.

Dés lors, cette exigence de dix années de

résidence pourrait paraître disproportionnée au but poursuivi.

58. Il convient toutefois encore de déterminer s'il existe en Nouvelle-Calédonie des nécessités locales, au sens de l'article 56, telles que la restriction du droit de vote incriminée pourrait être considérée comme n'enfreignant pas l'article 3 du Protocole n° 1.

59. La Cour rappelle que lors du dépôt, le 3 mai 1974, des instruments de ratification de la Convention et du Protocole n° 1, l'Etat français a déclaré que ces textes s'appliqueront «à l'ensemble du territoire de la République, compte tenu, en ce qui concerne les territoires d'outre-mer, des nécessités locales auxquelles l'article 63 de la Convention (actuel article 56) fait référence».

60. Dans l'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* du 25 avril 1978 (série A n° 26, pp. 18–19, § 38), la Cour a jugé que, pour que l'article (anciennement) 63 puisse s'appliquer, il faut «la preuve décisive et manifeste d'une nécessité». Les nécessités locales, lorsqu'elles renvoient au statut juridique particulier d'un territoire, doivent revêtir un caractère impérieux pour justifier l'application de l'article 56 de la Convention.

61. La Cour constate que le statut actuel de la Nouvelle-Calédonie correspond à une phase transitoire avant l'accession à la pleine souveraineté et s'inscrit dans un processus d'autodétermination. Il s'agit d'un «système inachevé et transitoire», de même que celui qui a été examiné par la Cour dans l'arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, précité.

62. Or, après une histoire politique et institutionnelle tourmentée, cette condition de dix ans de résidence fixée par le statut du 19 mars 1999 a constitué un élément essentiel à l'apaisement du conflit meurtrier. La situation locale, reposant sur des problèmes plus profonds et lourds de conséquences pour l'avenir que les différends linguistiques à l'origine des affaires précitées

Polacco et Garofalo et *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, et a permis à la Nouvelle-Calédonie de connaître aujourd'hui une situation politique apaisée et de poursuivre son développement politique, économique et social.

63. Comme l'a relevé le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies, le 15 juillet 2002 (voir p. 13 § 14.7)

«les seuils fixés pour les consultations de 1998 et à compter de 2014 ne sont pas excessifs dans la mesure où ils s'inscrivent dans le cadre de la nature et de l'objet de ces scrutins, à savoir un processus d'autodétermination impliquant la participation de personnes justifiant d'attaches suffisantes au territoire dont l'avenir est en jeu. Il ressort, en effet, que ces seuils n'apparaissent pas disproportionnés vis-à-vis d'un processus de décolonisation impliquant la participation des résidents qui, au-delà de leur appartenance ethnique ou politique, ont contribué et contribuent à l'édification de la Nouvelle-Calédonie à travers leurs attaches suffisantes à ce territoire.»

64. La Cour estime, en conséquence, que l'histoire et le statut de la Nouvelle-Calédonie sont tels qu'ils peuvent être considérés comme caractérisant des «nécessités locales» de nature à permettre les restrictions apportées au droit de vote du requérant.

65. Dans ces conditions, il n'a pas été porté atteinte à l'essence même du droit de vote tel que le garantit à la requérante l'article 3 du Protocole n° 1.

Il en résulte qu'il n'y a pas eu violation de cette disposition.

II. Sur la violation alléguée de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 3 du Protocole N° 1

66. Le requérant allègue de surcroît qu'en sa qualité de résident en Nouvelle-Calédonie, il a été victime d'une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention, aux termes duquel :

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

67. Le Gouvernement ne s'est pas exprimé séparément sur ce grief.

68. Eu égard à sa conclusion ci-dessus selon laquelle il n'y a pas eu violation de l'article 3 du Protocole n° 1 considéré isolément, la Cour n'estime pas nécessaire d'examiner le grief tiré de l'article 14.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité

1. *Dit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 3 du Protocole n° 1;*
2. *Dit qu'il n'est pas nécessaire d'examiner séparément le grief tiré de l'article 14 de la Convention.*

NOOT

1. De heer Py verhuisde in verband met een aanstelling aan de plaatselijke universiteit naar Frans Nieuw-Caledonië. Hij mocht niet stemmen tijdens de verkiezingen van het congres aldaar, omdat hij niet, zoals wel vereist, gedurende tien jaar zijn verblijfplaats in Nieuw-Caledonië had gehad. Voor het Hof stelt hij een schending van zijn recht om de wetgevende macht vrij te kunnen verkiezen. Naar aanleiding van deze klacht moest het Hof twee vragen beantwoorden. De eerste vraag betreft de kwalificatie van een regionale instelling als onderdeel van de wetgevende macht van een Verdragstaat; de tweede vraag betreft de rechtvaardiging van een vrij hoge drempel om aan verkiezingen van deze instelling te mogen deelnemen. In deze bijdrage ga ik alleen op de eerste vraag nader in: wanneer kan iets als wetgevend orgaan worden gekwalificeerd?

2. Art. 3 Eerste Protocol EVRM (hierna: EP) verplicht de Verdragstaten om de wetgevende macht in vrije en geheime verkiezingen met redelijke tussenpozen te laten verkiezen. Het is daarbij vaste rechtspraak van het Hof en de oude Commissie voor de Rechten van de Mens dat het begrip 'wetgevende macht' niet is beperkt tot het nationale parlement van een Verdragstaat. Afhankelijk van de betreffende bevoegdheden kunnen namelijk ook andere overheidsinstellingen onder dat begrip vallen, en moeten zij onder dezelfde voorwaarden vrij kunnen worden verkozen. Dat geldt bijvoorbeeld voor de parlementen van de Duitse en Oostenrijkse deelstaten, de parlementen van de Italiaanse regio's en de Spaanse autonome gemeenschappen, en de parlementen van de Belgische gewesten en taalgemeenschappen (zie voor enkele verwijzingen par. 36). In de bovenstaande uitspraak kwalificeert het Hof nu ook het congres van Nieuw-Caledonië als deel van de wetgevende macht waarop art. 3 EP van toepassing is. Maar wat zijn nu de criteria om tot een dergelijk oordeel te komen? Welke

bevoegdheden moet een orgaan hebben om als wetgevend te kunnen worden aangemerkt? Er zijn hier twee benaderingen mogelijk.

Enerzijds kan men de competentiecatalogus van een orgaan, waarvan men aanneemt dat het een wetgever is, bestuderen. De vraag is dan of het orgaan voldoende ruime bevoegdheden heeft om ook als wetgevend in de zin van art. 3 EP te gelden. Anderzijds, als het om een orgaan gaat dat niet *prima facie* de wetgever zelf is, kan men de betrokkenheid van dat orgaan bij het eigenlijke wetgevingsproces beoordelen.

3. De "competentiecatalogus-benadering" is al vaker toegepast in de Straatsburgse rechtspraak. Dat betekent echter niet dat er een concrete lijst met bevoegdheden als minimumvereiste voor zelfstandige wetgevers bestaat. In de zaak *Mathieu-Mohin en Clerfayt t. België* (nr. 9/1985/95/143) stelde het Hof bijvoorbeeld simpelweg vast dat de wetgevende organen van de Belgische taalgemeenschappen en gewesten deel van de nationale Belgische wetgevende macht uitmaakten, en verwees daarbij summier naar de aan deze entiteiten toegekende bevoegdheden (par. 53 van *Mathieu-Mohin*). Het Hof deed vrijwel hetzelfde in de ontvankelijkheidsbeslissing *Federación Nacionalista Canaria t. Spanje* (nr. 56618/00) met betrekking tot de Spaanse autonome gemeenschappen. In *Py* legt het Hof al expliciet de nadruk op het gegeven dat het congres van Nieuw-Caledonië initiatiefrecht voor wetsvoorstellen had (par. 38), dat het begrotingsrecht had, dat het binnen zijn bevoegdheid wetten mocht uitvaardigen en ook strafbepalingen mocht vaststellen (par. 40), en verwijst voor het overige tevens naar de competentielijst die het congres wetgevend en niet louter consultatief zou maken (par. 42).

4. Anderzijds weten wij sinds de uitspraak in de zaak *Matthews t. Verenigd Koninkrijk* (nr. 24833/94) dat ook het Europees Parlement als onderdeel geldt van de wetgevende macht van alle EVRM-Verdragstaten die tevens lid van de Europese Unie zijn. Het Europees Parlement heeft evenwel noch initiatiefrecht, noch een autonoom begrotingsrecht, noch het recht tot zelfstandige wetgeving, noch het recht om strafbepalingen aan burgers op te leggen. Hier begint de "betrokkenheids-benadering" te spelen: het Europees Parlement is "sufficiently involved in the specific legislative process

leading to the passage of legislation”, onder coöperatie en co-decisie met de Raad van Ministers, om deel van de wetgevende macht uit te maken (par. 54 van *Matthews*). Ook staatshoofden kunnen trouwens op die manier, althans theoretisch, als wetgevend worden aangemerkt, zodat het actieve en passieve kiesrecht op deze functies toepasselijk kan zijn. In de ontvankelijkheidsbeslissing *Guliyev t. Azerbeidzjan* (nr. 35584/02) mocht klager zich bijvoorbeeld niet als president verkiesbaar stellen. Het Hof nam in overweging dat de Azerbeidjaanse president zelf decreten mocht uitvaardigen en een vetorecht ten opzichte van wetten genoot, maar volgens het Hof is dat “to be distinguished from the legislative power” (*Guliyev*, “the law”, par. 5). De decreten mochten niet in strijd met wetten zijn, en het vetorecht moest puur als extra ‘checks and balances’ worden begrepen. In de ontvankelijkheidsbeslissing *Boskoski t. Macedonië* (nr. 11676/04), waar het tevens om presidentsverkiezingen ging, expliciteerde het Hof de benadering uit *Matthews*, stellende dat non-parlementen niet *per se* buiten de werkingsfeer van art. 3 EP vallen, als zij maar voldoende betrokken bij de wetgeving zijn. In *Boskoski* werd de Macedonische president echter evenmin als voldoende betrokken bij het wetgevingsproces gekwalificeerd: de president had geen initiatiefrecht, en geen verstrekkende controlebevoegdheden ten opzichte van de wetgever, namelijk geen absoluut veto en geen onbeperkte discretionaire bevoegdheid tot kamerontbinding of tot kabinetsformatie. Dat is weer vreemd, omdat de Azerbeidjaanse president in *Guliyev* wél een vetorecht had, maar toch geen wetgever was, terwijl het Europees Parlement óók geen initiatiefrecht heeft, maar in *Matthews* wél een wetgever vormde.

5. Ook onder de “competentiecatalogus-benadering” is het niet eenvoudig om een leidraad te vinden. Bijvoorbeeld hoe lang moet een dergelijke competentiecatalogus zijn? De autonome bevoegdheden van Nieuw-Caledonië, zoals opgesomd in *Py*, zijn vrij vérgaand: begroting, belastingen, arbeidsrecht, burgerlijk procesrecht, prijzenregulering en het basisschoolstelsel horen erbij. Dat had niet eens gehoeven: in *Santoro t. Italië* (nr. 36681/97, EHR 2004/83 m.nt. Kiiver) overwoog het Hof dat de Italiaanse regionale raden “wetgevend” waren omdat zij bevoegd waren

om wetten uit te vaardigen “in a number of pivotal matters in a democratic society, such as administrative planning, local policy, public-health care, education, town planning and agriculture” (par. 52). Als dit al voldoende “pivotal” is, dan heeft het congres van Nieuw-Caledonië de drempel met gemak gehaald. Maar vanaf wanneer precies is een orgaan niet meer wetgevend? Lokaal bestuur valt in ieder geval niet onder wetgeving. De in vele landen gehanteerde bevoegdheden van de gemeenteraad en de burgemeester om verordeningen vast te stellen zijn, en hier komt de bekende formule, “to be distinguished from legislative power” (zie de ontvankelijkheidsbeslissing *Cherepkov t. Rusland*, (nr. 51501/99)). De Italiaanse provincies zijn ook onvoldoende wetgevend (zie de ontvankelijkheidsbeslissing in *Santoro*), vooral omdat hun smalle regelingsbevoegdheden, in tegenstelling tot die van de regio’s, bij wet zijn vastgesteld, en niet in de grondwet staan. Anderzijds kan natuurlijk niet alles in de nationale grondwet staan: de bevoegdheden van het Europees Parlement, of de wetgevingsbevoegdheden van het parlement van het Britse Kanaaleiland Jersey, en trouwens ook de bevoegdheden van de provinciale staten in Nederland, zijn voorbeelden hiervan.

6. Terugkomend op de “betrokkenheidsbenadering”: zou het niet ook mogelijk zijn om deelname aan een referendum onder art. 3 EP te laten vallen? Toen de heer Py van het zelfbeschikkingsreferendum in Nieuw-Caledonië werd uitgesloten, heeft hij nagelaten hiertegen beroep in te stellen, laat staan voor het EHRM daarover te klagen. Het zou ook zinloos zijn geweest: het is immers vaste rechtspraak van de Commissie en het Hof, onlangs bevestigd in *Santoro*, dat referenda niet onder het kiesrecht vallen. Uiteraard is een referendum geen parlement, maar een president is dat ook niet. Toch kan hij in theorie voldoende betrokken zijn in het wetgevingsproces om de stempel van wetgever te krijgen. Als een referendum het de bevolking mogelijk maakt om initiatiefrecht uit te oefenen, wetten tegen de wil van het parlement in te blokkeren of aan te nemen (bijvoorbeeld ratificatiewetten voor verdragen), dan zou snel sprake van een vergelijkbare voldoende betrokkenheid bij het wetgevingsproces kunnen zijn. En als een bevolkingsgroep of individuen op grond van de wet

of wederrechtelijk van de deelname aan een referendum worden uitgesloten, dan is ook de democratische legitimatie van wetgeving in ruime zin in het geding. Hoe vaker referenda worden gehouden, men denke aan Zwitserland, hoe zwakker de positie van de verkozen wetgever, en hoe ingrijpender een uitsluiting van referenda zal zijn.

7. Het komt er uiteindelijk op neer dat art. 3 EP, vanwege zijn politieke implicaties en de constitutionele diversiteit onder de Verdragstaten, moeilijk te handhaven is. De beoordelingsmarge van Verdragstaten is buitengewoon groot, en schendingen komen bijna nooit voor – ook in de bovenstaande zaak niet. Wanneer precies een orgaan een wetgever is, ofwel krachtens zijn eigen wetgevingsbevoegdheid ofwel krachtens zijn betrokkenheid bij het wetgevingsproces, blijft een vraag die per geval moet worden beantwoord. De grens tussen wetgever enerzijds en een orgaan met bevoegdheden die van wetgeving moeten worden onderscheiden anderzijds, is vrijwel onzichtbaar. Constitutionele hervormingen zoals federalisering, devolutie, decentralisering, dekolonisatie (zoals in bovenstaande zaak) als ook presidentialisering van een nationaal stelsel, of Europese integratie, kunnen invloed hebben op de status van nationale, regionale, locale of supranationale instellingen. Zij kunnen de status als wetgever behouden, verwerven en uiteraard ook weer verliezen. In plaats van een lijst van minimumvoorwaarden is er mijns inziens alleen gezond rechterlijk oordeelsvermogen: *I know a legislator when I see one*. Voor de Raad van Europa is dat ook absoluut voldoende: deze organisatie heeft immers, in tegenstelling tot de Europese Unie, geen ambities om een Europese constitutie op te richten waarin nationale parlementen bevoegdheden krachtens Verdrag moeten krijgen. Als het EHRM een nationaal parlement tegenkomt, dan alleen in een passieve rol, en geldt daarbij de taak, naar aanleiding van een klacht over kiesrechtbeperkingen, om het betreffende parlement als wetgever of niet-wetgever te kwalificeren. Met intuïtie komt men hier al vrij ver. De EU benadert de nationale parlementen daarentegen actief, en biedt hen in de Grondwet voor Europa informatievoorzieningen, alsmede verbindende en onverbindende veto-rechten. *I know a national parliament when I*

see one is in dat verband, waar het om de toekenning van concrete bevoegdheden gaat, helaas als constitutioneel motto onbruikbaar.

Ph. Kiiver

27

Europees Hof voor de Rechten van Mens
13 januari 2005, nr. 42914/98
(Rozakis (President), Loucaides, Tulkens,
Kovler, Hajiyev, Spielmann, Jebens)

Onschuldpresumptie. Compensatie voorlopige hechtenis.

[EVRM art. 6 lid 2, 41]

Klager werd op verdenking van brandstichting in voorlopige hechtenis genomen. Uiteindelijk werd hij weer vrijgelaten omdat er op grond van de beschikbare feiten geen strafzaak tegen hem kon worden begonnen (arrêt de non-lieu/buitenvervolginstelling). Klager vroeg om compensatie voor de ongerechtvaardigd gebleken hechtenis. Zijn verzoek werd afgewezen omdat hij niet voldoende bewijs voor zijn onschuld kon verstrekken zoals wél wettelijk was vereist. Het EHRM stelt vast dat de verplichting om onschuld te bewijzen twijfel liet aan de te veronderstellen onschuld van een individu en aan de bevindingen van de onderzoeksautoriteiten. Schending art. 6 lid 2 EVRM. Geen noodzaak tot aparte behandeling onder art. 14 EVRM.

Capeau
tegen
België

En Droit

I. Sur la violation alléguée de l'article 6 § 2 de la Convention

18. Le requérant dénonce le fait que sa demande de réparation a été rejetée au motif qu'il n'avait pas justifié d'éléments de fait ou de droit démontrant son innocence. Il y voit une violation de l'article 6 § 2 de la Convention, libellé comme suit:

«Toute personne accusée d'une infraction est