



DH-SYSC-II(2018)07

19/02/2018

COMITE DIRECTEUR POUR LES DROITS DE L'HOMME  
(CDDH)

---

COMITE D'EXPERTS SUR LE SYSTEME DE LA CONVENTION EUROPEENNE  
DES DROITS DE L'HOMME  
(DH-SYSC)

---

**GROUPE DE REDACTION SUR LA PLACE DE LA CONVENTION  
EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME DANS L'ORDRE JURIDIQUE  
EUROPEEN ET INTERNATIONAL  
(DH-SYSC-II)**

---

**Projet de chapitre du Thème 1, sous-thème ii):**

**Responsabilité des États et extraterritorialité  
de la Convention**

*(tel que préparé par les co-Rapporteurs M. Alexei ISPOLINOV et M. Chanaka  
WICKREMASINGHE en vue de la 3<sup>e</sup> réunion du DH-SYSC-II, 3-5 avril 2018)*

## RESPONSABILITÉ DES ÉTATS ET EXTRATERRITORIALITÉ DE LA CONVENTION

Cette contribution a été préparée à la demande du Groupe de rédaction II pour donner suite au rapport du CDDH sur l'avenir à plus long terme de la Convention (DH-SYSC-II). Les co-Rapporteurs expriment leur gratitude aux contributeurs pour leur précieuse contribution.

### Structure du rapport :

#### **A. Application extraterritoriale de la Convention européenne des droits de l'homme**

Introduction

Jurisprudence de la Cour

- (i) *Bankovic*
- (ii) La jurisprudence conduisant à *Al Skeini*
- (iii) La jurisprudence post-*Al Skeini*

Débat

#### **B. L'application par la Cour EDH du droit international de la responsabilité des États**

Introduction

Jurisprudence de la Cour

- (i) Affaires concernant des questions d'attribution des actions des personnes privées ou d'acteurs non-étatiques à un État ;
- (ii) Affaires concernant des questions d'attribution dans des situations impliquant plus d'un État dans les faits sous-jacents ;
- (iii) Affaires concernant l'attribution dans des situations impliquant un ou plusieurs États et une organisation internationale dans les faits sous-jacents.

Débat

#### **A. Applicabilité extraterritoriale de la Convention européenne des droits de l'homme (« la Convention », CEDH)**

##### **Introduction**

1. L'article 1 de la Convention prévoit que « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ».

2. En même temps, l'article 56 stipule que « tout État peut déclarer que la présente Convention s'appliquera, sous réserve du paragraphe 4 du présent article, à tous les territoires ou à l'un quelconque des territoires dont il assure les relations internationales ». Un État faisant une telle déclaration peut également (sans y être obligé) accepter la compétence de la Cour de recevoir et examiner des requêtes individuelles en relation avec de tels territoires.

3. Les travaux préparatoires des articles 1 et 56 révèlent que c'était l'article 56 (appelé également la « clause coloniale ») qui avait suscité d'importants débats. Les puissances coloniales – le Royaume Uni, la France, la Belgique et les Pays-Bas avaient insisté sur son inclusion dans le texte de la Convention afin de préciser que le champ d'application de la Convention ne s'étendait pas aux territoires dépendants.

4. En revanche, l'article 1 n'avait pas suscité beaucoup de débats. Le premier projet prévoyait simplement que les États « veillent à garantir les droits sur leur territoire ». Par la suite, cette disposition a été quelque peu modifiée pour dire « reconnaissent à toute personne résidant sur leur territoire les droits ... ». La version finale, contenant la formulation « les Hautes Parties Contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits » n'était pas contentieuse.

5. Le terme « juridiction » n'est pas davantage développé par la Convention. L'interprétation de cette notion est l'un des défis les plus pressants et toujours pas résolu, à la fois pour la Cour et les États Parties à la Convention. La décision de principe de la Cour dans l'affaire *Banković*<sup>1</sup> avait affirmé que la juridiction de l'État, telle que visée à l'article 1, est de nature « essentiellement territoriale ». Cependant, la formulation « relevant de leur juridiction » au lieu de « sur leur territoire » peut impliquer que les obligations des Parties contractantes à la Convention peuvent s'étendre au-delà de leur territoire.

6. Dans l'affaire *Chypre c. Turquie*<sup>2</sup>, la Cour avait réitéré que :

« ... les dispositions de la Convention ne peuvent s'interpréter et s'appliquer dans le vide. En dépit de son caractère particulier d'instrument de protection des droits de l'homme, la Convention est un traité international à interpréter conformément aux normes et principes du droit international public, et notamment à la lumière de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités ».

7. D'emblée, il convient de noter qu'en vertu de l'article 1 de la Convention, le terme « juridiction » se réfère à des situations dans lesquelles une personne jouit des droits issus de la Convention et l'État partie correspondant a des obligations corrélatives issues de la Convention vis-à-vis de ces droits. Comme relevé par la Cour, l'exercice de la juridiction est une condition nécessaire pour qu'un Etat contractant puisse être tenu pour responsable des actes ou omissions qui lui sont imputables et qui donnent lieu à une allégation de violation des droits et libertés énoncés dans la Convention<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cour EDH, *Banković et autres c. Belgique et autres* (dec.) [GC], no. 52207/99, ECHR 2001-XII

<sup>2</sup> Cour EDH, *Chypre c. Turquie*, satisfaction équitable (arrêt), para 23.

<sup>3</sup> Cour EDH, *Ilașcu et autres c. Moldova et Russie* (GC), no. 48787/99, § 311, ECHR 2004-VII.

## La jurisprudence

### (i) *Banković*

8. Dans sa jurisprudence, la Cour a affirmé que la juridiction de l'État, telle que visée par l'article 1, est « essentiellement territoriale ». Dans sa décision de principe dans l'affaire *Banković*, la Cour a considéré que « la pratique suivie par les États contractants dans l'application de la Convention depuis sa ratification montre qu'ils ne redoutaient pas l'engagement de leur responsabilité extraterritoriale dans des contextes analogues à celui de la présente espèce »<sup>4</sup>. La Cour s'est également fondée sur les travaux préparatoires de la Convention en refusant d'appliquer à l'article 1 sa propre conception d'interprétation de la Convention comme « instrument vivant ». La Cour a également refusé de se référer à la pratique d'autres organismes internationaux traitant des droits de l'homme.

9. La Cour a également reconnu que, dans des circonstances exceptionnelles, les actions des États contractants effectuées ou produisant des effets en dehors de leurs territoires peuvent toujours relever de leur « juridiction » au sens de l'article 1 et la CEDH, tout en distinguant de manière claire la compétence territoriale comme exceptionnelle.

10. Dans sa jurisprudence, la Cour a distingué quatre catégories de juridiction extraterritoriale, chacune devant être « exceptionnelle et exigeant une justification spéciale »<sup>5</sup> :

(i) Affaires d'extradition ou d'expulsion impliquant l'extradition ou l'expulsion d'une personne du territoire d'un État membre ayant suscité des préoccupations concernant les mauvais traitements ou la mort dans le pays d'accueil aux termes des articles 2 ou 3, ou, dans des cas extrêmes, les conditions de détention ou procès aux termes des articles 5 et 6 ;

(ii) Affaires d'effets extraterritoriaux dans lesquelles les actes des autorités étatiques ont produit des effets ou ont été effectuées en dehors de leur propre territoire (selon l'arrêt *Drozd et Janousek* dans lequel la « juridiction » de la France ou de l'Espagne n'a pas été établie) ;

(iii) Affaires de contrôle effectif dans lesquelles, à la suite d'une action militaire (légale ou illégale), une Partie contractante exerce le contrôle effectif d'une zone située en dehors de son territoire national (suivant la ligne des affaires telles que *Loizidou c. Turquie*<sup>6</sup> et *Chypre c. Turquie*<sup>7</sup> dérivant de l'occupation du nord de Chypre par les forces militaires turques) ; et

(iv) Affaires consulaires ou diplomatiques et affaires de juridiction de l'État du pavillon impliquant des activités d'agents diplomatiques ou consulaires à l'étranger et à bord des navires et embarcations enregistrées dans, ou battant pavillon de l'État en question.

<sup>4</sup> Cour EDH, *Banković et autres c. Belgique et autres* (dec.), précité, § 62

<sup>5</sup> Cour EDH, *Banković et autres c. Belgique et autres* (dec.), précité, § 61

<sup>6</sup> Cour EDH, *Loizidou c. Turquie* [GC], 18 décembre 1996, § 62, Rapports 1996-VI.

<sup>7</sup> Cour EDH, *Chypre c. Turquie*, 10 mai 2001, Rapports des arrêts et décisions 2001-IV.

11. Dans ce contexte, il est rappelé que dans l'affaire *Banković*, qui concernait le bombardement par les forces aériennes de l'OTAN des objets situés sur le territoire de la Yougoslavie (laquelle à l'époque des faits n'était pas partie à la Convention), la Cour a indiqué clairement que « la Convention est un traité multilatéral opérant [...] dans un contexte essentiellement régional, et plus particulièrement dans l'espace juridique des Etats contractants dont il est clair que la RFY ne relève pas », n'ayant pas été un État signataire de la Convention. Par ailleurs, la Cour a insisté que la Convention n'a pas vocation à s'appliquer partout dans le monde, même à l'égard du comportement des États contractants. Aussi, la Cour a jusqu'ici invoqué l'intérêt d'éviter de laisser des lacunes ou des solutions de continuité dans la protection des droits de l'homme pour établir la juridiction d'un État contractant que dans des cas où, n'eussent été les circonstances spéciales s'y rencontrant, le territoire concerné aurait normalement été couvert par la Convention (par l'espace juridique de la Convention).<sup>8</sup>

12. Enfin, la Cour a estimé que « le texte de l'article 1 n'offre aucun appui à l'argument des requérants selon lequel l'obligation positive que fait cette disposition aux Etats contractants de reconnaître « les droits et libertés définis au titre I de la (...) Convention » peut être fractionnée et adaptée en fonction des circonstances particulières de l'acte extraterritorial en cause ». <sup>9</sup>

## (ii) La jurisprudence conduisant à *Al Skeini*

13. Toutefois, dans les affaires post-*Banković*, la Cour a pris une toute autre direction, cherchant à développer une interprétation plus large de l'article 1 de la Convention. Dans cette série d'affaires, la Cour avait commencé à élaborer deux modèles de juridiction extraterritoriale : (i) lorsqu'un État exerce le contrôle effectif général d'un territoire donné appartenant à un autre État (ne serait-ce qu'une toute petite partie de ce territoire, comme, par exemple, une prison ou une base militaire) – appelé modèle « spatial » ; et (ii) lorsqu'une personne relève de la compétence exclusive et/ou se trouve sous le contrôle exclusif d'un agent de l'État – le modèle de « compétence personnelle ». Il semble que dans toutes ces affaires le « contrôle » exercé par l'État implique et signifie pour la Cour que la responsabilité de cet État est engagée pour toute action et inaction violant la Convention.

14. Dans sa décision dans l'affaire *Issa* traitant des meurtres présumés des bergers irakiens par des soldats turcs, la Cour avait constaté que « l'article 1 de la Convention ne peut être interprété de sorte à permettre à un État partie de perpétrer sur le territoire d'un autre État des violations de la Convention qu'il n'aurait pas pu commettre sur son propre territoire ». <sup>10</sup> La Cour est parvenue à cette conclusion se basant sur la même décision du Comité des droits de l'homme qu'elle avait refusé d'appliquer dans l'affaire *Banković*.

15. Dans sa décision *Pad et autres c. Turquie*<sup>11</sup>, la Cour a traité des requêtes de la part des ressortissants iraniens, concernant la mort de leurs proches, tués par un hélicoptère militaire turc, près de la frontière turque. Suivant son raisonnement dans l'arrêt *Issa*, la Cour estima que la responsabilité de la Turquie pourrait potentiellement être engagée en vertu du modèle

<sup>8</sup> Cour EDH, *Banković et autres c. Belgique et autres* (dec.), précité, § 80

<sup>9</sup> Ibidem, § 75

<sup>10</sup> Cour EDH, *Issa c. Turquie*, requête n° 31821/96, arrêt du 16.11.2004 [traduction non-officielle]

<sup>11</sup> Cour EDH, *Pad et autres c. Turquie*, décision du 28.06.2007

de juridiction personnelle, dérogeant clairement de la décision *Banković* et au mépris de la ressemblance frappante des circonstances factuelles avec l'affaire *Banković*.

16. Dans son arrêt *Al-Skeini*<sup>12</sup> la Grande Chambre a cherché à développer davantage le concept de juridiction extraterritoriale aux termes de la Convention. L'affaire concernait les requêtes introduites par six ressortissants irakiens concernant les actions des forces de sécurité du Royaume-Uni en Irak en 2003, lorsqu'elles cherchaient à établir la sécurité et apporter leur soutien à l'administration civile dans et autour de la ville de Bassorah. Sur la question de « juridiction » aux fins de l'article 1, la Cour a tiré plusieurs conclusions notables suggérant que l'article 1 pourrait également faire l'objet d'une interprétation évolutive par la Cour. Toutefois, en faisant cela, la Cour a prétendu ne pas revenir sur son raisonnement dans la décision *Banković*. Au contraire, la Cour a réitéré l'approche qu'elle avait établi dans *Banković*, à savoir, que la juridiction extraterritoriale doit être exceptionnelle et justifiée par le droit international général.

17. Néanmoins, la Cour a reformulé sa catégorisation des exceptions au champ d'application territoriale de juridiction, à savoir :

- (a) affaires impliquant l'autorité et le contrôle par les agents de l'État (c'est-à-dire le modèle de juridiction personnelle), incluant :
  - (i) les actes des agents diplomatiques et consulaires des États à la Convention sur un territoire étranger, où ces agents exercent leur autorité et contrôle sur les autres ;
  - (ii) l'exercice du pouvoir public par un État à la Convention dans le territoire d'un autre État, avec son consentement, invitation ou acquiescence ; et
  - (iii) dans certaines affaires, en vertu de l'usage de la force par un État à la Convention dans le territoire d'un autre État.

La Cour a décrit son modèle de juridiction personnelle comme étant « l'exercice du pouvoir et du contrôle physique » et en conséquence de juridiction de l'État à travers ses agents en dehors de son territoire « sur la personne en question ». La Cour a estimé que l'État a « en vertu de l'article 1 une obligation de reconnaître » à celle-ci « les droits et libertés définis au titre I de la Convention qui concernent son cas. En ce sens, dès lors, les droits découlant de la Convention peuvent être 'fractionnés et adaptés' ». <sup>13</sup>

- (b) affaires concernant le contrôle effectif sur une zone (le modèle de juridiction spatiale) ;

Décrivant le modèle de juridiction spatiale, la Cour a estimé qu'elle s'applique « lorsque, par suite d'une action militaire – légale ou non –, [un État contractant] exerce en pratique le contrôle sur une zone située en dehors de son territoire national. » La Cour a ajouté que « dès lors qu'une telle mainmise sur un territoire est établie, il n'est pas nécessaire de déterminer si l'État contractant qui la détient exerce un contrôle précis sur les politiques et actions de l'administration locale qui lui est subordonnée ». Elle a ensuite souligné que :

<sup>12</sup> Cour EDH, *Al-Skeini c. Royaume Uni*, requête n° 55721/07, arrêt du 7.7.2011

<sup>13</sup> Cour EDH, *Al-Skeini c. Royaume Uni*, précité, §§136-137.

« du fait qu'il assure la survie de cette administration grâce à son soutien militaire et autre, cet Etat engage sa responsabilité à raison des politiques et actions entreprises par elle. L'article 1 lui fait obligation de reconnaître sur le territoire en question la totalité des droits matériels énoncés dans la Convention et dans les Protocoles additionnels qu'il a ratifiés, et les violations de ces droits lui sont imputables (*Chypre c. Turquie*, précité, §§ 76-77).

139. La question de savoir si un Etat contractant exerce ou non un contrôle effectif sur un territoire hors de ses frontières est une question de fait. Pour se prononcer, la Cour se réfère principalement au nombre de soldats déployés par l'Etat sur le territoire en cause (*Loizidou* (fond), précité, §§ 16 et 56, et *Ilaşcu et autres*, précité, § 387). D'autres éléments peuvent aussi entrer en ligne de compte, par exemple la mesure dans laquelle le soutien militaire, économique et politique apporté par l'Etat à l'administration locale subordonnée assure à celui-ci une influence et un contrôle dans la région (*Ilaşcu et autres*, précité, §§ 388-394). »

La Cour fait ainsi distinction entre l'article 56 de la Convention, qui concerne les déclarations unilatérales des Etats sur l'application de la Convention à leurs territoires d'outre-mer et la situation de « contrôle effectif » exercé par l'Etat sur une partie du territoire d'un autre Etat, précisant que le principe du « contrôle effectif » ne remplace pas le système de notifications prévu à l'article 56.<sup>14</sup>

18. Concernant les requêtes dans l'affaire *Al-Skeini*, la Cour a estimé que dans le cadre des opérations de sécurité en question, les forces Britanniques ont exercé « l'autorité et le contrôle » afin d'établir un lien juridictionnel, au sens de l'article 1, entre les personnes décédées et le Royaume-Uni.

### (iii) La jurisprudence post-*Al-Skeini*

19. Comme nous le verrons ci-après, le cadre analytique établi par la Cour dans *Al-Skeini* pourrait soulever un nombre de questions concernant la clarté et la pertinence des limitations autour de l'extension de l'application extraterritoriale de la Convention. Et ces préoccupations sont nées pour se déployer dans la jurisprudence de la Cour qui s'est ensuivie.

20. Dans son arrêt dans l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, la Cour a conclu que les requérants « se sont trouvés sous le contrôle continu et exclusif, tant *de jure* que *de facto*, des autorités italiennes ». <sup>15</sup> La Cour a fondé son raisonnement consistant à considérer que l'Italie exerçait un contrôle *de jure* sur le fait que les requérants ont été ramenés à bord des navires battant pavillon italien. Elle a souligné qu'en vertu des dispositions pertinentes du droit de la mer, un navire se trouvant en haute mer est soumis à la juridiction exclusive de l'Etat dont le navire arbore le pavillon. Cette base pour constater une juridiction n'avait pas été mentionnée par la Cour dans son arrêt *Al-Skeini*.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Cour EDH, *Al-Skeini c. Royaume Uni*, précité, § 140

<sup>15</sup> *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* [GC], requête n° 27765/09, § 81, CEDH 2012

<sup>16</sup> Même si la Cour s'y est référé dans sa décision dans l'affaire *Banković et autres c. Belgique et autres*.

22. Dans son arrêt *Jaloud c. Pays-Bas* la Cour a conclu que l'État défendeur exerçait sa juridiction sur le requérant se basant sur le fait que celui-ci :

« ... a trouvé la mort lorsque le véhicule dans lequel il voyageait a été pris pour cible alors qu'il franchissait un poste de contrôle tenu par du personnel placé sous le commandement et la supervision directe d'un officier de l'armée royale néerlandaise. Le poste de contrôle avait été mis en place dans le cadre de l'exécution de la mission de la SFIR prévue par la résolution 1483 du Conseil de Sécurité des Nations Unies (paragraphe 93 ci-dessus), en vue du rétablissement de conditions de stabilité et de sécurité propices à la création d'une administration efficace dans le pays. La Cour considère que l'État défendeur exerçait sa « juridiction » dans les limites de sa mission au sein de la SFIR et aux fins d'asseoir une autorité et un contrôle sur les personnes qui passaient par ce poste. »<sup>17</sup>

23. Bien que n'étant pas totalement clair, ce constat pourrait suggérer que la Cour a appliqué le test « de l'autorité de l'agent de l'État ». Si tel est le cas, le rôle de l'existence d'un point de contrôle n'est pas clair. Il a été suggéré par des commentateurs qu'il était censé être un facteur limitant l'application du test « de l'autorité de l'agent de l'Etat »<sup>18</sup>, mais la Cour ne précise pas si telle était son intention et, le cas échéant, comment fonctionne la limitation.

24. Cette conclusion de la Cour soulève également la question d'interprétation de la déclaration « dans le cadre de l'exécution de la mission SFIR » en rapport avec les conclusions de la Cour dans les paragraphes 135-136 de l'arrêt *Al-Skeini*, en particulier concernant l'exercice des « pouvoirs publics ». Au paragraphe 135 de l'arrêt *Al-Skeini*, la Cour s'est référée à l'exercice d'une juridiction extraterritoriale par un Etat contractant lorsque, moyennant son consentement, invitation ou acquiescence du gouvernement du territoire en question, l'État exerce la totalité ou une partie des pouvoirs publics, exercés normalement par ce gouvernement. Au paragraphe 136, dans lequel la Cour a parlé de l'utilisation de la force comme base distincte pour établir une juridiction, elle n'avait pas mentionné l'exercice des « pouvoirs publics ». Les faits dans *Jaloud* semblent être plus proches de l'affaire décrite au paragraphe 136, mais la Cour, en invoquant la mission SFIR, semble se référer à l'exercice des « pouvoirs publics ».

25. A propos de la catégorie de la Cour d'application extraterritoriale sur la base du « contrôle effectif sur une zone », on constate également un élargissement des facteurs que la Cour prendra en considération. Dans son arrêt controversé dans l'affaire *Catan c. Moldova et Russie*, en cherchant à établir la juridiction de la Russie sur les requérants au titre de l'article 1, la Cour a regardé au-delà de la question de la taille du déploiement militaire de la Russie : en mettant à la place l'accent sur la présence économique des compagnies russes et même sur « l'aide humanitaire directe ». La Cour a souligné :

« 106. Dès lors qu'une [...] mainmise sur un territoire est établie, il n'est pas nécessaire de déterminer si l'Etat contractant qui la détient exerce un contrôle précis sur les politiques et actions de l'administration locale qui lui est subordonnée. [...] L'article 1 lui fait obligation de reconnaître sur le territoire en question la totalité des droits matériels énoncés dans la

<sup>17</sup> *Jaloud c. Pays-Bas* [GC], n°47708/08, § 152, CEDH 2014

<sup>18</sup> Voir p. ex. A. Sari, 'Untangling Extra-territorial Jurisdiction from International Responsibility in *Jaloud v. Netherlands*: Old Problems, New Solutions?', (2014) 53 *The Military Law and the Law of War Review*, 287.

Convention et dans les Protocoles additionnels qu'il a ratifiés, et les violations de ces droits lui sont imputables.

107. La question de savoir si un Etat contractant exerce ou non un contrôle effectif sur un territoire hors de ses frontières est une question de fait. Pour se prononcer, la Cour se réfère principalement au nombre de soldats déployés par l'Etat sur le territoire en cause (*Loizidou* (fond), précité, §§ 16 et 56, et *Ilaşcu et autres*, précité, § 387). D'autres éléments peuvent aussi entrer en ligne de compte, par exemple la mesure dans laquelle le soutien militaire, économique et politique apporté par l'Etat à l'administration locale subordonnée assure à celui-ci une influence et un contrôle dans la région (*Ilaşcu et autres*, précité, §§ 388-394 ; *Al-Skeini et autres*, précité, § 139). [...]

« 122. La Cour confirme donc les conclusions formulées par elle dans son arrêt *Ilaşcu et autres* (précité) et selon lesquelles de 2002 à 2004 la « RMT » n'avait pu continuer à exister – en résistant aux efforts déployés par la Moldova et les acteurs internationaux pour régler le conflit et rétablir la démocratie et la primauté du droit dans la région – que grâce à l'appui militaire, économique et politique de la Russie. Dès lors, le degré élevé de dépendance de la « RMT » à l'égard du soutien russe constitue un élément solide permettant de considérer que la Russie exerçait un contrôle effectif et une influence décisive sur l'administration de la « RMT » à l'époque de la crise des écoles. »

26. Dans une série d'arrêts suivants, nés de la situation en Transnistrie, la Cour, se basant sur ses conclusions dans l'arrêt *Ilaşcu* de 2004 (voir les paragraphes 45 et suivants, ci-après) et sans avoir vérifié davantage l'implication dans les circonstances de la Russie, a jugé que la Fédération de Russie a été responsable pour tous les actes de la « RMT », y compris les détentions illégales, l'insuffisance des traitements médicaux dans les prisons et même la confiscation des produits agricoles par des officiers des douanes de la RMT.<sup>19</sup>

27. De même, dans des affaires relatives au Haut-Karabagh, telles que *Chiragov c. Arménie*<sup>20</sup>, la Cour semble avoir dilué ses critères de contrôle effectif en adoptant un critère plutôt large et non-spécifique de « soutien militaire et économique » à la place d'un facteur relativement incontestable, tel que celui de la présence militaire de masse.

## **Débat**

28. Pour plusieurs commentateurs, l'arrêt *Banković* demeure l'affirmation de principe la plus claire quant à l'application extraterritoriale de la Convention. Il impose quelques importantes « lignes claires » en guise d'orientation sur l'aspect essentiellement territorial de la Convention, autorisant seulement quelques exceptions, que la Cour a eu du mal à trouver jusque-là. Il s'agit tout d'abord, du constat de la Cour en *Banković* concernant le fait que le champ d'application, aux fins de l'article 1, ne doit pas faire l'objet d'une interprétation évolutive. Adopter une approche évolutive sur une question aussi fondamentale que l'application territoriale de la Convention comporte des risques évidents pour la stabilité et la prévisibilité de la jurisprudence, donnant ainsi lieu à des réelles difficultés pour les États aspirant à répondre aux exigences de la Convention.

<sup>19</sup> Voir *Soyma c. Moldova, Russie et Ukraine*, n° 1203/05, 30 mai 2017; *Vardanean c. Moldova et Russie*, n° 22200/10, 30 mai 2017; *Apcov c. Moldova et Russie*, n° 13463/07, 30 mai 2017, *Eriomenko c. Moldova et Russie*, n° 42224/11, 9 mai 2017; *Paduret c. Moldova et Russie*, n° 26626/11, 9 mai 2017.

<sup>20</sup> Cour EDH, *Chiragov et autres c. Arménie*, n° 13216/05

29. Deuxièmement, le constat dans *Banković* sur la vocation de la Convention en tant qu'instrument régional opérant dans l'espace juridique des territoires des États contractants concordait avec l'approche essentiellement territoriale de la « juridiction » et le schéma de la Convention (incluant l'article 56). De même, le constat de la Cour que l'article 1 exige que les droits prévus par la Convention soient garantis dans leur ensemble plutôt que d'être divisés et adaptés, peut être considéré comme cherchant à assurer la cohérence et l'intégrité du système de la Convention.

30. Les développements de la jurisprudence qui s'est ensuivie ont connu quelques importants écarts de ces « lignes claires », sans atteindre toutefois une clarté égale dans les règles proposées pour les remplacer. Ainsi, par exemple, existe l'acceptation courante de l'idée de l'espace juridique aux termes de la Convention en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen. Toutefois, dans l'arrêt *Al-Skeini* la Cour indique que cela ne signifie pas que « la juridiction au titre de l'article 1 de la Convention ne puisse jamais exister hors du territoire des États membres du Conseil de l'Europe ».

31. S'agissant de la division et l'adaptation des droits prévus par la Convention, comme nous avons pu le constater, la Cour est allée plus loin, renversant apparemment sa décision dans l'arrêt *Banković*, lorsqu'elle a constaté que dans des situations où un agent de l'État agissant en dehors du territoire exerce le contrôle et l'autorité sur une personne, l'État doit garantir les droits qui « sont pertinents par rapport à la situation de cette personne ». Il s'agit ici de la cohérence et de l'intégrité des garanties de la Convention, telles qu'elles ont été élaborées systématiquement par la jurisprudence de la Cour. La complexité toujours croissante dans le corps-même de la jurisprudence interprétative des droits prévus par la Convention et l'accent mis par la Cour sur l'effectivité des garanties de la Convention, signifient simplement que de constater qu'un article donné de la Convention est « pertinent » par rapport à une situation donnée est susceptible de soulever autant de questions qu'elle n'apporte de réponses. Dans la jurisprudence de la Cour, nombre des droits prévus par la Convention, ainsi qu'avoir des corrélations étroites, incluent aujourd'hui des obligations positives et/ou procédurales supplémentaires et requièrent l'interaction d'un nombre d'organes de l'État pour assurer leur efficacité. Dans nombre de situations dans lesquelles la Cour avait constaté l'application extraterritoriale de la Convention, l'État défendeur n'a bénéficié (de manière tout à fait appropriée) que d'un pouvoir limité ne lui permettant pas d'assurer l'application effective de la Convention. Le résultat de « la division et l'adaptation » de la Convention dans ce type de circonstances est susceptible d'accroître l'insécurité juridique, plutôt que d'assurer une protection effective des droits prévus par la Convention.

32. De même, l'étendue potentielle des sous-catégories établies par la Cour à l'intérieur de « l'autorité et le contrôle de l'agent de l'État », concernant (a) l'exercice des pouvoirs publics et (b) l'usage de force / l'exercice du contrôle physique, est exprimée d'une manière tellement vaste qu'elles étendent potentiellement ce qui est une base exceptionnelle pour l'application extraterritoriale de la Convention de manière tout à fait large, puisque pratiquement toutes les actions d'un fonctionnaire de l'État, et en particulier celles qui ont une incidence sur les personnes, pourraient par définition être considérées comme « un exercice du pouvoir public ». En d'autres termes, ceci pourrait potentiellement être le signe d'un retour sur la proposition centrale de *Banković* que l'application de la Convention est essentiellement territoriale, et les exemples de son application extraterritoriale sont exceptionnels.

33. Une expansion parallèle de l'étendue extraterritoriale de la Convention à travers l'utilisation des critères généraux et hautement contextuels a également pu être observée dans la jurisprudence récente sur la question du « contrôle effectif d'une zone ». En choisissant le terme de « contrôle effectif », la Cour semble avoir repris un concept familier du droit international, mais comme base afin d'attribuer le comportement d'une entité à une autre dans le droit de la responsabilité de l'État (voir partie B ci-après). Néanmoins, dans sa jurisprudence précédente, par ex. *Loizidou*, laquelle a été fondée sur une présence militaire suffisante pour permettre à l'État en question d'exercer un véritable « contrôle » du territoire, a son analogie la plus proche dans le droit de l'occupation belligérante du droit international. Il est probablement utile de se pencher sur l'article 42 du règlement de la Haye, lequel stipule :

Art. 42 Un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie.

Cette occupation s'étend seulement au territoire où une telle autorité a été établie et peut être exercée.

34. Tandis que la relation entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme pourra être considérée de manière plus approfondie ailleurs, il est frappant de noter que le seuil pour l'application du droit de l'occupation (lequel, sous certains aspects, établit des obligations moins lourdes sur le pouvoir occupant que le droit international des droits de l'homme) semble être placé plus haut que le seuil pour l'application de la Convention. Cela est particulièrement vrai lorsque la Cour prétend diluer le standard du « contrôle effectif » à des questions relatives à des facteurs non militaires, tels que l'influence politique et économique. D'après un commentateur éminent « dans sa tendance post *Al-Skeini* la Cour est dorénavant susceptible de constater une juridiction découlant de l'article 1 et est de plus en plus généreuse sur les questions de seuil quant à l'application extraterritoriale de la Convention ».<sup>21</sup>

35. Tous ces développements ont vocation à accroître la plage des incertitudes pour les États, pour être capables de prédire l'approche probable de la Cour et par conséquent de s'acquitter de leurs obligations au titre de la Convention.

---

<sup>21</sup> Marko Milanovic "The Nagorno-Karabakh Cases"// <https://www.ejiltalk.org/the-nagorno-karabakh-cases/>

## B. La responsabilité des États en droit international

### Introduction

36. Les projets d'Articles sur la responsabilité des États pour des faits internationalement illicites, adoptés par la Commission du droit international en 2001 (AREFII), codifient largement les règles coutumières du droit international en la matière, bien que sur certains aspects il s'agisse de développements progressifs du droit. Ils représentent un code des règles secondaires pour déterminer si un État a commis un fait internationalement illicite engageant sa responsabilité envers un autre État / d'autres États. L'article 55 de AREFII prévoit que « les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un État sont régis par des règles spéciales de droit international » [*traduction non-officielle*].

37. La Convention ne comporte aucune disposition qui diffère explicitement du régime général de la responsabilité des États, ou d'un régime *lex specialis*. Dans *Banković* la Cour s'est exprimée sur la relation entre les règles de la responsabilité des États et la Convention :

« 57.... [la Cour] doit aussi prendre en compte toute règle pertinente du droit international lorsqu'elle se prononce sur des différends concernant sa compétence et, par conséquent, déterminer la responsabilité des États conformément aux principes du droit international régissant la matière, tout en tenant compte du caractère particulier de la Convention, instrument de protection des droits de l'homme (arrêt *Loizidou* (fond) précité, §§ 43 et 52). Aussi la Convention doit-elle s'interpréter, dans toute la mesure du possible, en harmonie avec les autres principes du droit international, dont elle fait partie (*Al-Adsani* c. Royaume-Uni [GC], n° 35763, § 60, à paraître dans CEDH 2001). »

38. La Cour n'a jamais revendiqué de manière explicite que le régime de la responsabilité des États aux termes de la Convention constitue une *lex specialis*, sauf en ce qui concerne l'article 41 concernant la satisfaction équitable (« gardant à l'esprit la spécificité de l'article 41 en tant que *lex specialis* par rapport aux règles et principes généraux du droit international »<sup>22</sup>).

39. Pour les besoins de la présente étude sur la notion de « juridiction », aux termes de l'article 1 de la Convention, la première question qui se pose dans le cadre de la responsabilité de l'État est celle « d'attribution ». La Convention ne contient aucune disposition se référant aux critères d'attribution d'un comportement à une Haute Partie contractante. Il n'existe donc aucune *lex specialis* dans la Convention concernant une telle attribution (en effet, les questions concernant l'attribution sont souvent considérées comme partie de la question de « juridiction » au sens de l'article 1). Par conséquent, il est logique que la Cour se tourne vers les AREFII en tant que *lex generalis*. Il faut se rappeler toutefois que ces articles ne concernent que la responsabilité des États envers d'autres États et organisations internationales. L'article 33 (2) des AREFII indique clairement que les articles ne traitent pas de la possibilité d'invoquer la responsabilité des personnes ou entités autres

---

<sup>22</sup> Cour EDH, *Chypre c. Turquie*, arrêt de satisfaction équitable, § [42]

que les États. En revanche, la Cour EDH considère en premier lieu les affaires sur la base des requêtes individuelles. On peut se demander si les articles développés pour utilisation entre États sont un cadre approprié. La Cour EDH a suggéré que la réponse à cette question est largement « oui » comme elle a souvent fait référence aux AREFII.

### **Jurisprudence de la Cour**

41. Dans sa jurisprudence, la Cour EDH, de manière générale, ne fait pas référence à la question d'attribution à l'Etat défendeur d'un comportement qui aurait violé la Convention. Toutefois, dans un nombre relativement réduit d'affaires (lesquelles se réfèrent largement à la juridiction extraterritoriale) la question d'attribution a été adressée, en général lorsqu'un Etat l'avait soulevé, même si à l'occasion la Cour avait examiné la question d'attribution de son plein gré.<sup>23</sup>

42. Pour les besoins de la présente analyse, il est utile d'opérer une distinction entre les différentes catégories impliquées dans les faits sous-jacents :

- (i) Affaires concernant des questions d'attribution d'un comportement des personnes privées ou d'acteurs non-étatiques à un État ;
- (ii) Affaires concernant des questions d'attribution dans des situations impliquant plus d'un État dans les faits sous-jacents ;
- (iii) Affaires concernant l'attribution dans des situations impliquant un ou plusieurs États et une organisation internationale dans les faits sous-jacents.

#### ***(i) Affaires concernant des questions d'attribution d'un comportement des personnes privées ou d'acteurs non-étatiques à un État***

43. Dans *Loizidou c. Turquie*, la Cour a traité la question de savoir si le requérant relevait de la juridiction de la Turquie au sens de l'article 1 de la Convention dans l'arrêt sur les objections préliminaires. La question de savoir si les faits faisant objet de la plainte étaient imputables à la Turquie et donnaient lieu à la responsabilité de cet Etat, a été fixée par la Cour dans la phase du fond.<sup>24</sup> La Cour a décrit la norme correspondante pour déterminer l'attribution comme suit :

« ... La responsabilité [des Hautes Parties contractantes] peut donc entrer en jeu à raison d'actes ou d'omissions émanant de leurs organes et déployant leurs effets en dehors de leur territoire. Conformément aux principes pertinents de droit international régissant la responsabilité de l'Etat, la Cour a dit - ce qui revêt un intérêt particulier en l'occurrence - qu'une Partie contractante peut également voir engager sa responsabilité lorsque, par suite d'une action militaire - légale ou non - elle exerce en pratique le contrôle sur une zone située en dehors de son territoire national. L'obligation d'assurer, dans une telle région, le respect des droits et libertés garantis par la Convention découle du fait de ce contrôle, qu'il s'exerce directement, par l'intermédiaire des forces armées de l'Etat concerné ou par le biais d'une

<sup>23</sup> Voir p. ex. *Stephens c. Malte* (n° 1), n° 11956/07, arrêt du 21 avril 2004, § 45.

<sup>24</sup> *Loizidou c. Turquie*, *supra* note 50, § 64.

administration locale subordonnée (arrêt *Loizidou* (exceptions préliminaires) précité, *ibidem*). »<sup>25</sup>

44. En examinant les preuves afin de déterminer si le déni continu d'accès à la propriété des requérants par les autorités de la « RTCN » et la subséquente perte de contrôle sur elle était imputable à la Turquie, la Cour avait estimé que :

« Il ne s'impose pas de déterminer si, comme la requérante et le gouvernement cypriste l'avancent, la Turquie exerce en réalité dans le détail un contrôle sur la politique et les actions des autorités de la "RTCN". Le grand nombre de soldats participant à des missions actives dans le nord de Chypre (paragraphe 16 ci-dessus) atteste que l'armée turque exerce en pratique un contrôle global sur cette partie de l'île. D'après le critère pertinent et dans les circonstances de la cause, ce contrôle engage sa responsabilité à raison de la politique et des actions de la "RTCN" (paragraphe 52 ci-dessus). Les personnes touchées par cette politique ou ces actions relèvent donc de la "juridiction" de la Turquie aux fins de l'article 1 de la Convention (art. 1). »<sup>26</sup>

45. Dans l'affaire *Ilașcu et autres c. Moldova et Russie*, la Cour a été préoccupée par le comportement de la « République moldave de Transnistrie » (RMT) laquelle aurait violé la Convention. La plus grande partie de l'arrêt a été consacrée à la discussion sur la relation entre la RMT et la Fédération de Russie, tant avant qu'après le moment de la ratification de la Convention par cette dernière.

46. En ce qui concerne la période d'avant la ratification, la Cour a considéré que :

« [...] la responsabilité de la Fédération de Russie est engagée pour les actes illégaux commis par les séparatistes transnistriens, eu égard au soutien militaire et politique qu'elle leur a accordé pour établir le régime séparatiste et à la participation de ses militaires aux combats. Ce faisant, en effet, les autorités de la Fédération de Russie ont contribué, tant militairement que politiquement, à la création d'un régime séparatiste dans la région de Transnistrie, qui fait partie du territoire de la République de Moldova.

La Cour note ensuite que, même après l'accord de cessez-le-feu du 21 juillet 1992, la Fédération de Russie a continué à soutenir militairement, politiquement et économiquement le régime séparatiste (paragraphe 111-161 ci-dessus), lui permettant ainsi de survivre en se renforçant et en acquérant une autonomie certaine à l'égard de la Moldova. »<sup>27</sup>

47. En ce qui concerne la période d'après la ratification de la Convention, la Cour a estimé que :

« 392. L'ensemble de ces éléments est de nature à prouver que la « RMT », établie en 1991-1992 avec le soutien de la Fédération de Russie et dotée d'organes de pouvoir et d'une administration propres, continue à se trouver sous l'autorité effective, ou tout au moins sous l'influence décisive, de la Fédération de Russie et, en tout état de cause, qu'elle survit grâce au soutien militaire, économique, financier et politique que lui fournit la Fédération de Russie.

393. Dans ces circonstances, la Cour estime qu'il existe un lien continu et ininterrompu de responsabilité de la part de la Fédération de Russie quant au sort des requérants, puisque la politique de la Fédération de Russie de soutien au régime et de collaboration avec celui-ci a perduré au-delà du 5 mai 1998 et qu'après cette date la Fédération de Russie n'a rien

<sup>25</sup> *Loizidou c. Turquie*, *supra* note 13, § 52

<sup>26</sup> *Ibidem*, § 56.

<sup>27</sup> *Ilașcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, § 382, CEDH 2004-VII.

tenté pour mettre fin à la situation des requérants engendrée par ses agents, et n'a pas agi pour empêcher les violations prétendument commises après le 5 mai 1998.

Compte tenu de ce qui précède, il importe peu que, depuis le 5 mai 1998, les agents de la Fédération de Russie n'aient pas participé directement aux événements dénoncés dans la présente requête.

394. En conclusion, les requérants relèvent donc de la « juridiction » de la Fédération de Russie aux fins de l'article 1 de la Convention et la responsabilité de celle-ci est engagée quant aux actes dénoncés.»

48. En examinant la question de la responsabilité des États dans l'affaire *Loizidou*, la Cour aurait considéré que toutes les actions de la "RTCN" étaient attribuables à la Turquie. Si cette lecture est correcte, cela pourrait constituer une application *quasi* directe par la Cour du principe d'attribution établi dans l'article 8 des AREFII, traitant du comportement d'une personne ou d'un groupe des personnes dirigé ou contrôlé par un État. En effet, les commentaires de la CDI (Commission du droit international) sur cet article se réfèrent à l'affaire *Loizidou* dans une note de bas de page à son commentaire sur l'article 8.<sup>28</sup>

49. Dans *Ilaşcu* il n'est pas clair si la Cour a fait une distinction claire entre la question d'attribution d'un comportement d'une part et la question de savoir si la Russie avait exercé sa juridiction au sens de l'article 1 de la Convention sur le requérant, d'autre part. Il a été allégué que la Cour aurait assimilé les deux.<sup>29</sup> Concernant la question d'attribution, il ne semble pas que la Cour ait considéré la RMT comme un organe de la Fédération de Russie. En conséquence, l'article 8 des AREFII a été le principe d'attribution pertinent. Les critères utilisés par la Cour dans ce contexte, en particulier celui de « l'influence décisive » et de la « survie grâce au soutien militaire, économique, financier et politique » semblent s'écarter et fixent un seuil significativement plus bas par rapport au critère de « direction ou contrôle » utilisé par la CDI.<sup>30</sup>

**(ii) Affaires concernant des questions d'attribution dans des situations impliquant plus d'un État dans les faits sous-jacents ;**

50. Dans nombre de ses arrêts, la Cour EDH a traité de l'attribution d'un comportement dans des affaires où plusieurs États étaient impliqués dans un seul préjudice / une seule plainte. Il s'agit typiquement des affaires dans lesquelles deux États agissaient indépendamment l'un de l'autre et où la Cour a déterminé la responsabilité individuelle de chaque État contractant, après avoir examiné le comportement propre de l'État par rapport aux obligations en vertu de la Convention. A cet égard, l'arrêt *Ilaşcu* est un exemple pertinent. Dans cette affaire, la Cour a considéré comme responsables la Moldova et la Russie, chacune pour des actions ou omissions différentes que la Cour avait attribuées à l'État concerné. Ces actions et omissions avaient contribué à un préjudice / une plainte.

<sup>28</sup> CDI, Projet d'articles sur la responsabilité des États pour les actes internationalement illicites, avec commentaires 2001 YILC, Vol. II (Part two). La note de bas de page [160] indique: "le problème du degré de contrôle de l'État nécessaire aux fins de l'attribution d'un comportement à un État a également été traité, p. ex., par [...] la Cour européenne des droits de l'homme : [...] *Loizidou c. Turquie*, arrêt de fond, Cour Eur. D.H., Rapports, 1996–VI, p. 2216, aux pp. 2235–2236, para. 56, et p. 2234, para. 52; et *ibid.*, Objections Preliminaires, Eur. Court H.R., Series A, n°. 310, p. 23, para. 62 (1995)."

<sup>29</sup> Voir *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, note 70 *supra*, opinion dissidente du juge Kovler.

<sup>30</sup> A cet égard, voir également les conclusions de la Cour internationale de justice dans *Nicaragua c. États Unis d'Amérique* [1986], CIJ Rap. 14 aux §§ 62 et 64-5, §§ 109 et 115; et aussi *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* [2007] ICJ Rep. 42, aux §§ 207-211, §§ 398-407

51. D'autres exemples incluent l'affaire *Rantsev c. Chypre et Russie*<sup>31</sup> et *Stojkovic c. France et Belgique*.<sup>32</sup> L'approche de la Cour dans ces affaires, dans lesquelles il était clair pour quel compte agissaient des personnes particulières, est cohérente avec le principe de la responsabilité indépendante que sous-tend les AREFII.<sup>33</sup>

52. Dans un nombre d'arrêts la Cour a été confronté au comportement d'un organe d'État qui avait été mis à la disposition d'un autre État. Dans ces affaires, il n'était pas clair dès le départ, à quel État devait être attribué le comportement de l'organe en question. Pour illustrer ces affaires, on se référera à l'arrêt de la Cour dans *Drozd et Janousek c. France et Espagne*. Le problème traité dans cette affaire concernait l'attribution du comportement des juges français et espagnols exerçant des fonctions judiciaires à Andorre. Sur ce point, la Cour a accepté les arguments des États défendeurs. Il a été dit que :

« [...] si des magistrats provenant de France ou d'Espagne siègent dans les juridictions andorranes, il ne le font pas en qualité de juges français ou espagnols; ces juridictions, et en particulier le Tribunal des Corts, remplissent leurs tâches de manière autonome; leurs jugements et arrêts échappent au contrôle des autorités de France et d'Espagne.

En outre, le dossier ne contient aucun élément donnant à penser que ces dernières aient tenté de s'immiscer dans le procès des requérants. »<sup>34</sup>

53. Dans une catégorie plus controversée d'affaires, la Cour EDH avait attribué le comportement d'un État à un autre. Ainsi, dans l'affaire *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, le requérant a allégué, en particulier, qu'il avait fait l'objet d'une opération de remise secrète, notamment qu'il aurait été arrêté, détenu en secret, interrogé et maltraité par des agents de l'État défendeur, qui l'auraient remis à l'aéroport de Skopje à des agents de l'Agence centrale du renseignement (CIA) des États-Unis, qui l'auraient ensuite emmené, sur un vol spécialement affrété par la CIA, dans un établissement de détention secret en Afghanistan, où il aurait subi de mauvais traitements jusqu'à son retour en Allemagne via l'Albanie.

54. La Cour avait constaté que le traitement subi par le requérant à l'Aéroport de Skopje aux mains de l'équipe de remise spéciale de la CIA était imputable à l'État défendeur. Dans ce contexte, elle a souligné que :

« ... les actes litigieux ont été accomplis en présence de fonctionnaires de l'État défendeur et sous la juridiction de celui-ci. En conséquence, il y a lieu de considérer que la responsabilité de l'État défendeur est engagée au regard de la Convention à raison des actes commis sur son territoire par des agents d'un État étranger, avec l'approbation formelle ou tacite de ses autorités (*Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], no [48787/99](#), § 318, CEDH 2004-VII). »<sup>35</sup>

55. La Cour a estimé que l'État défendeur doit être considéré comme directement responsable des mauvais traitements par les États-Unis dans l'État défendeur, ses agents ayant activement facilité le traitement litigieux puis s'étant abstenus de prendre toutes

<sup>31</sup> *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, CEDH 2010.

<sup>32</sup> *Stojkovic c. France et Belgique*, n° 25303/08, 27 octobre 2011.

<sup>33</sup> Voir M. Den Heijer, 'Issues of Shared Responsibility before the European Court of Human Rights', (2012) 04 ACIL Research Paper (SHARES Series), au 18.

<sup>34</sup> *Ibidem*, § 96.

<sup>35</sup> *Ibidem*, § 206.

mesures qui auraient été nécessaires dans les circonstances de l'affaire afin d'éviter qu'ils aient lieu.<sup>36</sup>

56. La Cour a tenu l'État défendeur pour responsable pour la détention ultérieure du requérant à Kaboul. A cet égard, la Cour s'est référée à « l'attribution de la responsabilité » à cet État.<sup>37</sup> Elle avait estimé que :

« 239. [...] non seulement les autorités macédoniennes n'ont pas respecté leur obligation positive de protéger le requérant d'une détention contraire à l'article 5 de la Convention, mais elles ont en outre facilité activement sa détention ultérieure en Afghanistan en le remettant à la CIA, alors même qu'elles avaient ou auraient dû avoir connaissance du risque inhérent à ce transfert. Dès lors, la Cour considère que la responsabilité de l'Etat défendeur est également engagée à raison de la détention subie par le requérant du 23 janvier au 28 mai 2004 (voir, mutatis mutandis, *Rantsev c. Chypre et Russie*, no [25965/04](#), § 207, CEDH 2010).

240. Eu égard à ce qui précède, la Cour estime que l'enlèvement et la détention du requérant s'analysent en une « disparition forcée » telle que définie par le droit international (paragraphes 95 et 100 ci-dessus). La « disparition forcée » du requérant, bien que temporaire, s'est caractérisée par une incertitude et un manque d'explications et d'informations quant au sort de l'intéressé qui ont persisté pendant toute la durée de sa captivité (*Varnava et autres*, précité, § 148). A cet égard, la Cour souligne que, lorsqu'il s'agit d'un ensemble d'actions ou d'omissions illicites, la violation débute avec la première des actions et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non conformes à l'obligation internationale concernée (*Ilaşcu et autres*, précité, § 321 ; voir également le paragraphe 97 ci-dessus). »<sup>38</sup>

57. L'affaire *Al-Nashiri c. Pologne* résulte de faits comparables. M. Al-Nashiri a été capturé à Dubaï, et transféré en détention à la CIA. Il a été ultérieurement transféré dans un « site noir » de la CIA en Pologne où il a fait l'objet des différentes formes de mauvais traitement. Par la suite, il a été transféré plusieurs autres fois, pour finalement aboutir à Guantanamo Bay. La Cour avait réitéré que :

« ... en accord avec sa jurisprudence établie, l'État défendeur doit être considéré comme responsable en vertu de la Convention pour les actions effectuées par des agents étrangers sur son territoire avec l'acquiescement ou la connivence de ses autorités (voir *Ilaşcu et autres*, précité, § 318 ; et *El-Masri*, précité, § 206). »<sup>39</sup> [traduction non-officielle]

58. En ce qui concerne la responsabilité de l'État pour l'éloignement du requérant de son territoire, la Cour avait indiqué que l'éloignement d'un requérant du territoire d'un État défendeur pourrait engager la responsabilité de cet État au titre de la Convention si cette action a eu comme conséquence directe l'exposition d'une personne à une violation prévisible de ses droits prévus par la Convention dans le pays de sa destination. »<sup>40</sup> Elle avait expliqué :

« ... dans la mesure où la responsabilité de l'Etat pour l'éloignement d'un requérant est ou peut être engagée, il s'agit de la responsabilité engagée par l'Etat Contractant expéditeur en

<sup>36</sup> Idem, § 211.

<sup>37</sup> Idem, § 215.

<sup>38</sup> Idem, §§ 239-240.

<sup>39</sup> *Al-Nashiri c. Pologne*, n° 28761/11, § 452, 24 juillet 2014.

<sup>40</sup> Idem, § 453

raison de l'action qu'il a prise, qui a eu comme conséquence directe l'exposition d'une personne à des mauvais traitements proscrits ou d'autres violations de la Convention (voir *Soering*, précité, §§ 91 et 113 ; *Mamatkulov et Askarov*, précité, §§ 67 et 90 ; *Othman* (Abu Qatada), précité, § 258 ; et *El-Masri*, précité, §§ 212 et 239). »<sup>41</sup> [traduction non-officielle]

59. La Cour avait conclu qu'en raison de « l'acquiescence et la connivence » dont elle a fait preuve dans le cadre du programme des États-Unis, la Pologne doit être vue comme responsable pour la violation des droits du requérant au titre de l'article 3 de la Convention, commise sur son territoire (voir § 452 ci-dessus et *El-Masri*, précité, §§ 206 et 211). Cela a été le cas, en dépit des constatations que la Pologne n'a pas été directement impliquée dans les interrogations (et, par conséquent, dans les actes de torture infligés en Pologne) et qu'il était peu probable que les autorités polonaises soient témoins ou sachent exactement ce qu'il s'était passé à l'intérieur du centre de détention, la responsabilité de la Pologne a été basée sur le fait d'avoir facilité l'intégralité du processus, créé des conditions pour qu'il ait lieu et de n'avoir rien fait pour empêcher les faits de se produire.

60. En ce qui concerne le transfert du requérant, la Cour a considéré que la Pologne était consciente que son transfert vers et depuis son territoire a été réalisé par le biais d'une « remise extraordinaire », notion qui désigne le « transfert extrajudiciaire » d'une personne de la juridiction ou du territoire d'un Etat à ceux d'un autre, à des fins de détention et d'interrogatoire en dehors du système juridique ordinaire, la mesure impliquant un risque réel de torture ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants » (voir *El-Masri*, précité, § 221). Dans ces circonstances, la possibilité de manquer aux obligations découlant de l'article 3 a été particulièrement forte et aurait dû être considérée comme intrinsèque au transfert. Par conséquent, en permettant à la CIA de transférer le requérant dans ses autres centres de détention secrète, les autorités polonaises l'avaient exposé à un important risque prévisible d'autres mauvais traitements et conditions de détention en violation de l'article 3 de la Convention.<sup>42</sup>

61. Dans l'affaire *Nasr c. Italie*, la Cour a été confrontée de manière similaire à une situation de remise secrète par les Etats-Unis, en l'occurrence de l'Italie vers l'Egypte. Le gouvernement a reconnu que les agents des Etats-Unis ont été assistés par un carabinier, mais a estimé qu'il avait agi en son propre nom et non pas au nom de l'Italie. Pour le reste, l'Italie avait nié toute implication dans les actions en cause.<sup>43</sup>

62. En ce qui concerne l'article 3, en particulier les mauvais traitements allégués par le requérant de la part des agents des Etats-Unis en Italie, la Cour a rappelé le standard qu'elle a utilisé dans *El-Masri* et *Al-Nashiri*, selon lequel :

"la responsabilité de l'État défendeur est engagée au regard de la Convention à raison des actes commis sur son territoire par des agents d'un État étranger, avec l'approbation formelle ou tacite de ses autorités (*Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], no 48787/99, § 318, CEDH 2004-VII : *El Masri*, précité, § 206 et *Al Nashiri*, précité, § 452)."<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Idem, § 457.

<sup>42</sup> Idem, § 518.

<sup>43</sup> *Nasr et Ghali c. Italie*, n° 44883/09, § 217 – 218, 23 février 2016.

Ibid., § 241.

<sup>44</sup> Ibid., § 241.

63. La Cour a toutefois considéré l'Italie comme directement responsable, statuant que :

"Aux termes des articles 1 et 3 de la Convention, les autorités italiennes étaient dès lors tenues de prendre les mesures appropriées afin que le requérant, qui relevait de leur juridiction, ne soit pas soumis à des actes de torture ou à des traitements ou peines inhumains et dégradants. Or, tel ne fut pas le cas, et l'État défendeur doit être considéré comme directement responsable de la violation des droits du requérant de ce chef, ses agents s'étant abstenus de prendre les mesures qui auraient été nécessaires dans les circonstances de la cause pour empêcher le traitement litigieux (*El-Masri*, précité, § 211 et *Al-Nashiri*, précité, § 517)."<sup>45</sup>

64. La Cour semble ainsi avoir tenue l'Italie comme responsable sur la base des manquements de ses agents, plutôt que sur la base des actions des agents des Etats-Unis. La Cour semble également avoir étendu cette approche au transfert de Nasr d'Italie,<sup>46</sup> et concernant sa détention en Egypte.

65. Ainsi, du moins dans *El-Masri* et *Al-Nashiri*, la Cour EDH ne semble pas avoir suivi l'approche des AREFII concernant l'attribution d'un comportement (d'un Etat tiers) à un Etat, ou concernant des affaires d'aide ou d'assistance de la part d'un Etat dans la réalisation d'une action internationalement illicite d'un autre Etat (article 16 AREFII).

**(iii) Affaires concernant l'attribution dans des situations impliquant un ou plusieurs États et une organisation internationale dans les faits sous-jacents.**

66. La question de savoir si une conduite particulière doit être attribuée soit à un Etat (membre) ou à une organisation internationale, ou aux deux, a été traitée par la Cour dans les affaires phare comme *Behrami et Behrami c. France* et *Saramati c. France, Allemagne et Norvège* et *Al-Jedda c. Royaume Uni*. Ces affaires concernaient des opérations militaires autorisées par les Nations Unies. Elles seront traitées dans la partie du rapport concernant la relation de la Convention avec les résolutions contraignantes du Conseil de Sécurité des Nations Unies.

## **Débat**

67. La jurisprudence de la Cour démontre que la Cour a eu une approche plutôt variée concernant les règles d'attribution reflétées dans les AREFII ; les suivant expressément dans certaines affaires,<sup>47</sup> tandis qu'elle semble s'en être écartée dans d'autres. Cette dernière situation inclut les affaires relatives à l'attribution d'un comportement dans des situations qui seraient couvertes par les règles du droit international coutumier tel que compris dans les AREFII. En d'autres termes, il semble que dans ces affaires la Cour s'est écartée du droit international général de la responsabilité des Etats. Il est intéressant de noter, que dans nombre d'arrêts dans lesquels la Cour s'est écarté du droit international général, elle l'avait fait malgré s'être référée à certains articles spécifiques des AREFII, lorsqu'elle référençait certaines dispositions pertinentes du droit international. Le fait de citer les articles des AREFII dans ce contexte pourrait être interprété comme la Cour suggérant

---

<sup>45</sup> Ibid., § 289.

<sup>46</sup> Ibid., § 290.

<sup>47</sup> Par exemple, *Loizidou*.

qu'elle les aurait appliqués. Mais en réalité, ce n'est pas toujours ce que la Cour a effectivement fait. Cela nous mène à la conclusion raisonnable que de temps à autre la Cour a essayé *de facto* de créer, au cas par cas, son propre régime de *lex specialis* de la responsabilité des Etats aux termes de la Convention, tout en prétendant en même temps de suivre les règles du droit international général.

68. Une telle approche pourrait poser un nombre de problèmes. L'actuelle jurisprudence de la Cour a fait évoluer la Convention à un point qui est sensiblement différent de l'interprétation et de la compréhension majoritaire de la Convention au moment où la plupart des Etats avaient adhéré à ce traité. Cela doit s'accompagner d'un examen attentif et sensible au vu des fondements des obligations de la Convention basés sur le consentement dans le droit international des traités. Cette situation est probablement commune au développement du droit par un nombre des tribunaux internationaux, si l'on se souvient que toute jurisprudence est susceptible de changer, mais il doit être également entendu, que certains régimes des traités sont plus sensibles que d'autres et peuvent, par conséquent, exiger une analyse plus diligente.

71. Un autre facteur de préoccupation pourrait être évoqué lorsque la Cour dévie du droit international général sans le faire de façon consistante et cohérente.<sup>48</sup> Ce problème est amplifié lorsque le raisonnement sous-jacent soutenant pourquoi et comment cela est fait est également manquant. Cela engendre des incertitudes pour les Parties contractantes à la Convention, puisqu'elles sont incapables de prévoir la façon dont la Cour va interpréter les règles d'attribution dans ces futures affaires et, par conséquent, dans la pratique, elles ignorent l'étendue de leurs obligations au titre de la Convention (il s'agit souvent de questions présentant une grande sensibilité politique et/ou sécuritaire).

72. Une autre conclusion qui peut être tirée de la jurisprudence de la Cour EDH est qu'elle ne fait pas toujours une distinction claire entre « juridiction » aux termes de l'article 1 de la Convention d'une part et l'attribution d'un comportement dans le cadre de la loi de la responsabilité des Etats – d'autre part. La Cour a reconnu expressément qu'il y a une différence de conception entre les deux, le plus récemment dans son arrêt dans l'affaire *Jaloud*.<sup>49</sup> Elle a également dit que la question de la juridiction précède celle de l'attribution. L'acceptation de principe que l'attribution et la juridiction sont des notions distinctes n'a pas été toujours clairement reflétée dans les arrêts de la Cour. Par exemple, dans *Ilaşcu*, il n'est pas clair si la Cour distingue clairement entre la question d'attribution d'un comportement d'une part et, d'autre part, la question de savoir si la Russie avait exercé sa juridiction aux termes de l'article 1 de la Convention sur le requérant. Il a été dit qu'elle aurait confondu les deux. Les critères utilisés par la Cour dans ce contexte, en particulier celui « d'influence décisive » et de « survie grâce au soutien militaire, économique, financier et politique » semblent s'écarter et fixent un seuil significativement plus bas par rapport au critère de « direction ou contrôle » utilisé par les AREFII.

---

<sup>48</sup> Dans ce sens, les "Conclusions de la "table ronde" sur la coopération entre la Fédération de Russie et la Cour européenne des droits de l'homme » du 20 au 21 janvier 2015, tels que transmis au Comité des Ministres, DH-DD(2015)265, 6 mars 2016.

<sup>49</sup> Cour EDH, *Jaloud c. Pays-Bas* [GC], n° 47708/08, § 152, CEDH 2014

73. Les incohérences apparentes dans l'interprétation par la CourEDH de la « juridiction » rend difficile pour une Haute Partie contractante à la Convention de déterminer si la Cour va considérer une personne comme relevant de sa compétence. L'incohérence et l'insuffisante motivation de la jurisprudence de la Cour entraînent imprévisibilité et incertitude parmi les Etats sur la manière dont leurs actions pourraient être qualifiées par la Cour. Assurer la sécurité juridique constitue un aspect fondamental pour la légitimité de la Convention et le maintien de son efficacité et de son autorité en tant qu'institution indépendante et compétente, autorisée à exercer le contrôle du respect par les Etats membres de leurs obligations prévues par la Convention et à garantir effectivement les droits à celles et à ceux qui relèvent de leur juridiction.