



DH-SYSC-II(2018)18rev

03/09/2018

STEERING COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS /
COMITÉ DIRECTEUR POUR LES DROITS DE L'HOMME
(CDDH)

COMMITTEE OF EXPERTS ON THE SYSTEM OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS /
COMITÉ D'EXPERTS SUR LE SYSTÈME DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
(DH-SYSC)

DRAFTING GROUP ON THE PLACE OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS IN THE EUROPEAN AND INTERNATIONAL LEGAL ORDER /
GROUPE DE RÉDACTION SUR LA PLACE DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME DANS L'ORDRE JURIDIQUE EUROPÉEN ET INTERNATIONAL
(DH-SYSC-II)

**Comments on the draft chapters of Theme 1,
in view of the 4th DH-SYSC-II meeting**

**Commentaires sur les projets de chapitre du Thème 1,
en vue de la 4^e réunion du DH-SYSC-II**

TABLE OF CONTENTS / TABLE DES MATIÈRES

Introduction	3
Member States / États Membres	
CYPRUS / CHYPRE	4
Theme 1, subtheme ii)	4
CZECH REPUBLIC / RÉPUBLIQUE TCHÈQUE	4
Theme 1, subtheme i)	5
Theme 1, subtheme iv)	10
FRANCE	13
Thème 1, sous-thème i)	13
Thème 1, sous-thème ii)	13
Thème 1, sous-thème iii)	27
Thème 1, sous-thème iv)	38
GEORGIA / GÉORGIE	44
Theme 1, subtheme ii)	44
GERMANY / ALLEMAGNE	47
Theme 1, subtheme i)	47
Theme 1, subtheme ii)	47
GREECE / GRÈCE	48
Theme 1, subtheme i)	48
Theme 1, subtheme ii)	49
Theme 1, subtheme iv)	49
NETHERLANDS / PAYS-BAS	50
Theme 1, subtheme ii)	50
Theme 1, subtheme iv)	51
RUSSIA / RUSSIE	54
Theme 1, subtheme ii)	55
Theme 1, subtheme iii)	57
Theme 1, subtheme iv)	61
SWITZERLAND / SUISSE	64
Theme 1, subtheme i)	64
Theme 1, subtheme ii)	66
Theme 1, subtheme iii)	69
Theme 1, subtheme iv)	73
TURKEY / TURQUIE	77
Theme 1, subtheme ii)	77

Introduction

1. Following the decision of the Drafting Group on the Place of the European Convention on Human Rights in the European and international legal order (DH-SYSC-II) at its 3rd meeting, 3–5 April 2018,¹ the co-Rapporteurs on Theme 1 on the challenge of the interaction between the Convention and other branches of international law, including international customary law, Professor Alexei ISPOLINOV (Russian Federation) and Mr Chanaka WICKREMASINGHE (United Kingdom), were asked to revise the draft chapters of Theme 1 covering sub-themes ii) and iii) on the basis of the discussions of the DH-SYSC-II at its 3rd meeting. The co-Rapporteurs were also asked to send draft chapters of Theme 1 covering subthemes i) and iv) to the Secretariat.
2. The experts of the DH-SYSC-II were invited to send their written comments on the new chapters by 27 August 2018 and on the revised chapters by 3 September 2018.² The present compilation contains these comments.

* * *

Introduction

1. Suite à la décision du Groupe de rédaction sur la place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique européen et international (DH-SYSC-II) lors de sa 3^e réunion, du 3 au 5 avril 2018³, il a été demandé aux co-Rapporteurs sur le Thème 1 sur le défi de l'interaction entre la Convention et d'autres branches du droit international, y compris le droit international coutumier, Professeur Alexei ISPOLINOV (Fédération de Russie) et M. Chanaka WICKREMASINGHE (Royaume-Uni), de réviser les projets de chapitres du Thème 1 traitant des sous-thèmes ii) et iii) sur la base des discussions du DH-SYSC-II lors de sa 3^e réunion. Il a également été demandé aux co-Rapporteurs d'envoyer au Secrétariat les projets de chapitres du Thème 1 traitant des sous-thèmes i) et iv).
2. Les experts du DH-SYSC-II ont été invités à envoyer leurs commentaires écrits sur les nouveaux projets de chapitres jusqu'au 27 août 2018 et sur les projets de chapitres révisés jusqu'au 3 septembre 2018⁴. La présente compilation contient ces commentaires.

¹ See doc. DH-SYSC-II(2018)R3, § 20.

² These deadlines were extended from the original date (17 August 2018) indicated in the Revised planning of the work of the DH-SYSC-II (see doc. DH-SYSC-II(2018)R3, Appendix III).

³ Voir doc. DH-SYSC-II(2018)R3, § 20.

⁴ Ces délais ont été prolongés par rapport à la date originale (17 août 2018) indiquée dans le Planning révisé des travaux du DH-SYSC-II (voir doc. DH-SYSC-II(2018)R3, Annexe III).

Member States / États membres

CYPRUS / CHYPRE

Theme 1, subtheme ii)

In relation to [*email from the Secretariat sent on 1 August 2018*] and the draft chapter of subtheme (ii) on state responsibility and extraterritorial application of the European Convention on Human Rights, please insert quotation marks (" ") in paragraph 16 when you refer to the "TRNC". This should be consistent with similar references in the text (i.e. paragraph 12) and also the wording of the European Court of Human Rights.

CZECH REPUBLIC / RÉPUBLIQUE TCHÈQUE

I. GENERAL COMMENTS

Above all, the Czech Republic appreciates an endeavour and thanks to co-Rapporteurs and all contributors involved for their work in preparing the draft chapters specified above. In our opinion, both documents sent out for comments form a very good basis for any further discussions on the issues they are addressing. In the following, the Czech delegation wishes to submit some observations to be contemplated by the drafting group and perhaps also projected into the final wording of the two subthemes, namely: (i) methodology of interpretation by the European Court of Human Rights ("Court") and (ii) the interaction between international humanitarian law ("IHL") and the European Convention on Human Rights ("Convention").

Before commenting on the structure and contents, but in the margins only, we deem it desirable to point out that there is certain inconsistency in terminology used throughout the documents. By way of example, we have noticed that the Strasbourg Court is addressed as "the Court", "ECtHR" or "ECHR" interchangeably. Needless to emphasize that the latter term commonly stands for the Convention itself rather than the Court. We consider that outcomes of the drafting group should avoid such inconsistencies, regardless of how formalistic this remark might appear.

Theme 1, subtheme i)

II. METHODOLOGY OF INTERPRETATION BY THE COURT AND ITS APPROACH TO INTERNATIONAL LAW [DRAFT CHAPTER OF THEME 1, SUBTHEME I)]

2.1. AS TO THE STRUCTURE AND FORMAL ASPECTS

2.1.1. INTRODUCTION IN PLACE OF DEFINITIONS

The subtheme begins with defining legal concepts such as interpretation of law, treaty interpretation, authoritative treaty interpretation and judicial interpretation. Some doubts may be voiced as to the need to define legal terms that are generally accepted and well-known amongst legal practitioners, especially considering that the follow-up text is devoid of any references or use of them.

Instead of unnecessary definitions, we assume there should be at least a brief introduction explaining the current state of affairs. In the nature of things, this passage should be prone to a high degree of descriptiveness. In short, it should contain the following. Over the years the Court has come up with a variety of guiding methods to be applied when interpreting the provisions of the Convention such as the “living instrument” doctrine, principle of effectiveness or the doctrine of autonomous concepts. It raises the question whether these interpretative tools correspond to those stemming from Articles 31 to 33 of the Vienna Convention on the law of treaties (“VCLT”) as a generally accepted instrument which codifies the methods of interpretation of written international treaties between States that are governed by international law. If the opposite is true, it would be a perfect example of fragmentation in the sphere of international law.

2.1.2. UNEQUIVOCAL DIFFERENTIATION BETWEEN CITATIONS AND COMMENTS

Any commentary is to be obviously distinguished from transcribed extracts of relevant provisions or case law. Only the latter shall be marked out in italics (see *a contrario* the second paragraph on page three which is made in italics, albeit it apparently contains the authors’ own comments).

2.1.3. RESTRUCTURING CHAPTERS

Without prejudice to some reservations expressed below, we consider the current structure of the subtheme as logical in as much as it addresses first the relevant provisions of the VCLT and their legal status, and then continues by analysing the Court’s relevant case law. By contrast, we observe that, to a certain extent, some headings and sequencing of subchapters may objectively be deemed unclear and confusing. In our opinion, the overall structure could benefit from the following changes.

It could be advised to include a separate chapter on the VCLT, its relevant provisions and their legal status in lieu of incorporating them into the chapter entitled “Interpretation of the European Convention and international law”.

In some places, it appears dubious whether a particular title denotes a new chapter or rather constitute a mere subchapter of the previous part. This lack of clarity applies especially in relation to the “References to the case law of the ICJ” *et seq.* where numbering system of the chapters does not continue, albeit it seems that at least some of the chapters should be, in fact, subchapters.

The sequence of subchapters related to the Court’s case law on the matter should strictly correspond to the order of Articles as they follow in the VCLT. To enable easier orientation throughout the text, it appears worth-recommending to directly incorporate Articles into the

subchapters' headings. Keeping in line with the forgoing logic, the structure could approximately be as follows:

Introduction

Generally recognized methods for interpreting treaties under international law (VCLT)

1. Vienna Convention on the law of treaties
2. Legal status of Articles 31 to 33 of the VCLT

ECtHR's perspective

1. Reception of VCLT (*Golder* judgment)
2. The VCLT's rules of interpretation in the jurisprudence of the ECtHR
 - a. Object and purpose of the Convention [Article 31 § 1 VCLT]
 - b. Subsequent agreement and subsequent practice [Article 31 § 3 (a) and (b) VCLT]
 - c. Relevant rules of international law applicable in relations between the parties [Article 31 § 3 (c) VCLT] (this chapter would also include references to the case law of the ICJ)
 - d. *Travaux préparatoires* [Article 32 VCLT]
 - e. Disparities in authentic language versions [Article 33 VCLT] (currently entitled as "ECHR jurisprudence in connection to Art. 33 of the VCLT")
3. Other methods of interpretation developed by the ECtHR

Conclusion: Challenges and possible solutions

2.1.4. EXTENDING CONCLUSIONS TO AN OUTLINE OF IDENTIFIED CHALLENGES AND POSSIBLE SOLUTIONS

We agree that it is appropriate to draw some conclusions from the previous passages. Nonetheless, bearing in mind the main task entrusted with the drafting group, we consider that any part of the report should aspire for presenting a summary of challenges arising in the given area and proposing possible solutions.

2.2. AS TO THE CONTENT

2.2.1. BROADENING THE LIST OF CONDITIONS FOR APPLICATION OF THE VCLT

In the chapter analysing the legal status of the VCLT (see page three), the text correctly recalls that it is not applicable to all international treaties, but only those concluded by and between States and provided that they have entered into force after the VCLT became binding on the State concerned. To be accurate, there should be at least a mention about two further conditions limiting the scope of application of the VCLT. Any such treaty must be made in written form and be governed by international law (see Article 2 § 1 (a) of the VCLT).

2.2.2. THE GOLDER CASE: RECEPTION OF THE VCLT IN THE COURT'S JURISPRUDENCE

We assume that there should be a separate subchapter dedicated to the reception of the VCLT in the Court's jurisprudence, starting undoubtedly with the leading judgment in *Golder* where the Court for the very first time admitted that it is prepared to consider that it should be guided by Articles 31 to 33 of the VCLT, notwithstanding the fact that it does not provide for retroactive application, since they codify in essence generally accepted principles of international law. On many occasions, the

Court has later confirmed the unconditional acceptance of interpretative methods stemming from Articles 31 to 33 of the VCLT (see, among other authorities, *Demir and Baykara v. Turkey*, no. 34503/97, judgment [GC] of 12 November 2008, § 65; or even more recently *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, no. 18030/11, judgment [GC] of 8 November 2016, § 118).

From a systematic point of view, it does not seem pertinent to elaborate on the Court's willingness to apply the VCLT rules of interpretation to the Convention in spite of the fact that the Convention had been signed and came into force before VCLT under Chapter 3 dedicated to the legal status of the VCLT rules of interpretation (see page three). In this context, we noticed there is an incorrect reference to § 34 of the *Golder* judgment instead of § 29 (see the citation of the Court's reasoning contained in the first paragraph on page five).

2.2.3. UNAMBIGUITY OF THE LEGAL STATUS OF ARTICLES 31 AND 32 OF THE VCLT

We consider the conclusions contained in the second paragraph on page four of the draft report arguable, for instance, regarding the hierarchical structure of interpretative rules, their binding force, possibility of existence of other principles of interpretation than those stated in the VCLT and freedom of courts and tribunals to prioritize different interpretative methods. It may be referred to the jurisprudence of the International Court of Justice (ICJ) and to the work of the International Law Commission (ILC). According to the ICJ as pronounced, for example, in the Genocide Convention case,⁵ in the Indonesia/Malaysia case,⁶ in the Botswana/Namibia case⁷ and other cases, Articles 31 and 32 of the VLCT unquestionably reflect customary international law. In the same vein, the report of the ILC of its 68th session⁸ includes in the draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice a conclusion 2 (1) which confirms that Articles 31 and 32 of the VCLT apply as a customary international law. It seems that this has not been really contested by the States and, therefore, these rules apply as a matter of fact to any treaty. As such they do not foresee the possibility of existence of other principles of interpretation.

The VCLT itself sets forth that the rules stated in its Article 32 are supplementary means of interpretation, therefore suggesting some kind of hierarchy between rules expressed in Article 31 and 32 of the VCLT. In addition, the ILC has expressed its view on the issue of the freedom to choose different interpretative methods. In the commentary to the draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice it expressly states that it "is not to suggest that a court or any other interpreter is more or less free to choose how to use and apply the different means of interpretation."⁹ The particularities of each case determine the appropriate emphasis to be given to various means of interpretation. It is a combined operation where the appropriate weighing of different means of interpretation results in proper interpretation.

2.2.4. MORE IN-DEPTH ANALYSIS OF "SUBSEQUENT AGREEMENT", "SUBSEQUENT PRACTICE" AND "ANY RELEVANT RULES OF INTERNATIONAL LAW APPLICABLE IN THE RELATIONS BETWEEN THE PARTIES" IN THE JURISPRUDENCE OF THE COURT

We believe that especially the rule contained in Article 31 § 3 (c) of the VCLT deserves particular attention. Even the ILC Study Group concluded that it presents one of the possible solutions to alleviate the problems created by the fragmentation of international law. Its systematic use by international courts would make the relationship between various international treaties clearer. Consequently, international law could be applied in a more coherent and harmonious manner.

⁵ *Bosnia v. Serbia*, ICJ Reports, 2007, p. 109, § 160.

⁶ *Indonesia v. Malaysia*, ICJ Reports, 2002, pp. 645–6, §§ 37–38.

⁷ *Botswana v. Namibia*, ICJ Reports, 1999, p. 1059, § 18.

⁸ Report of the ILC of its 68th session (2016, A/71/10), p. 120.

⁹ *Ibid.*, p. 131 § 15.

Furthermore, it appears that the Court has used the provision as a gateway to international instruments and as a means to support an expansive reading of the Convention provisions. With certain exaggeration one could say that the Court uses the references to the provision as a rubber stamp legitimating its use of international law. In the vast majority of cases, the references are actually tacit or implicit. Perhaps, this is given the fact that the Court is always guided by the interpretation rules in the VCLT.

Otherwise, we find it difficult to agree with the statement in paragraph two on page nine of the draft report that by a subsequent practice of the Contracting Parties as referred to in Article 31 § 3 (b) of the VCLT it is possible to modify the provisions of the Convention. Article 31 of the VCLT sets out rules of interpretation of international treaties, not of their modification. It is a different part of the VCLT that is dedicated to the modification of multilateral treaties, explicitly its IV part. Also conclusion 7 of the draft conclusions of the ILC on subsequent agreements and subsequent practice states that the subsequent practice “may result in narrowing, widening, or otherwise determining the range of possible interpretations...”, however, “the possibility of amending or modifying a treaty by subsequent practice of the parties has not been generally recognized”.¹⁰

2.2.5. OTHER METHODS OF INTERPRETATION USED BY THE COURT

In the chapter where other methods of interpretation developed by the Court are being probed and discussed, we believe that the text should focus in much detail on the two unique ways of interpretation, namely the “living instrument” and “autonomous concepts” doctrines.

In this regard, we do not share the standpoint that they do not have any basis in the provisions of the VCLT. The Court’s case law indicates that the living instrument doctrine is actually derived from the object and purpose of the Convention, as well as from the subsequent agreements, subsequent practice and relevant rules of international law applicable in the relations between the Contracting Parties (see *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, no. 27765/09, judgment [GC] of 23 February 2002, § 175). We thus promote the opinion expressed by judges Siciliano and Raimondi in their concurring opinion attached to the *Magyar Helsinki Bizottság* case, namely that the living instrument doctrine is actually closely linked to the provisions of the VCLT. Admittedly, the evolutive method of interpretation is not mentioned *expressis verbis* in Articles 31 to 33 of the VCLT. However, the fact remains that it is fully compatible with the underlying logic of the above-mentioned provisions of the VCLT. It is certainly to be borne in mind that Article 31 thereof refers *inter alia* to the object and purpose of the treaty as well as to subsequent agreements, subsequent practice and any relevant rules of international law “applicable in the relations between the parties”, including the instruments ratified by those parties after the conclusion of the treaty that is to be interpreted. All these elements allow for a teleological and dynamic interpretation, aimed at ensuring that the Convention adapts to developments subsequent to its adoption, especially where it contains generic terms whose meaning is likely to evolve over time and where it was concluded for an indefinite period.

In addition, it should not be disregarded that the two methods of interpretation are known also to other international courts and tribunals. Thus, the so-called evolutive method of interpretation may be found in the practice of the Inter-American Court of Human Rights¹¹ or the International Court of Justice¹² or the Supreme Courts of France, Germany or the United Kingdom.¹³ The same applies for

¹⁰ Ibid, pp. 121–122.

¹¹ See, for example, *Supreme Court of Justice (Quintana Coello et al.) v. Ecuador* of 23 August 2013, § 153; *Mapiripán Massacre v. Colombia*, 2005c, § 106; or in its advisory opinion on the interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man OC-10/89 of 14 July 1989, Series A No. 10, § 37. See also LIXINSKI, Lucas. *Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law*. The European Journal of International Law, Vol. 21, no. 3, 2010.

¹² See Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia, advisory opinon (1971) ICJ Report 16 in which it invoked evolutionary interpretation with regard to the term “sacred trust” in Article 22 (1) of the Covenant of the League of Nations.

the concept of autonomous terms which may also be found in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights¹⁴ or the Court of Justice of the European Union.¹⁵

2.2.6. CONCLUSIONS

As mentioned above, we encourage the drafting group to aspire to formulating challenges and possible solutions to identified risks of fragmentation.

We completely concur with the fifth conclusion that one of the main challenges is nowadays the use of subsequent agreement or practice of only some Contracting Parties to the Convention to underpin the need to progressively develop the interpretation of the Convention provisions. As the Court frequently recalls the Convention comprises more than mere reciprocal engagements between Contracting States (see, for instance, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, nos. 46827/99 and 46951/99, judgment [GC] of 4 February 2005, § 100). Therefore, account must be taken of any relevant rules and principles of international law applicable in relations between the Contracting Parties (see *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, no. 5809/08, judgment [GC] of 21 June 2016, § 134). It is particularly striking in cases such as *Demir and Baykara v. Turkey* in which the Court added that in searching for common ground among the norms of international law it sees no reason to distinguish between sources of law according to whether or not they have been signed or ratified by the respondent State (cited above, § 78). Such an approach in applying Article 31 § 3 of the VCLT contravene not only the position expressed by the ILC, but also other international courts and tribunals as showed on page ten of the draft report.

By contrast, we do not share the view expressed in the second and third paragraphs that the Court showed no intention to prioritize any interpretative methods provided by the VCLT rules of interpretation and that it treats equally the use of preparatory works and other interpretative methods enshrined in Article 31 of the VCLT. Over the years, the Court made it clear that, in accordance with the supplementary nature of *travaux préparatoires*, the provisions of the Convention cannot be interpreted solely in line with the intentions of their drafters (see, amongst other authorities, *Banković and Others v. Belgium and Others*, no. 52207/99, decision [GC] of 12 December 2001, § 64). This attitude may be further exemplified by references to more recent cases such as *Demir and Baykara v. Turkey* (cited above, § 65) or *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* (cited above, §§ 118–125). In the former judgment, it is stated that: “In accordance with the Vienna Convention, the Court is required to ascertain the ordinary meaning to be given to the words in their context and in the light of the object and purpose of the provision from which they are drawn (see Article 31 § 1 of the VCLT). Recourse may also be had to supplementary means of interpretation, either to confirm a meaning determined in accordance with the above steps, or to establish the meaning where it would otherwise be ambiguous, obscure, or manifestly absurd or unreasonable (see Article 32 of the VCLT and *Saadi v. the United Kingdom*, no. 13229/03, judgment [GC] of 29 January 2008, § 62).” In the light of this, we tend to believe that the Court is well-aware of the subsidiary nature of the preparatory works as stipulated in Article 32 of the VCLT. Evidently, the Court is mindful and respects some hierarchy between methods of interpretation set out in Articles 31 and 32 of the VCLT.

In reality, the Court gives a clear preference to a teleological and dynamic interpretation of the Convention based on Article 31 (1) and (3) of the VCLT over others methods. It often reminds that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions, and in accordance with developments in international law, so as to reflect the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights, thus necessitating greater

¹³ See E. Bjorge, *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2014; or “The Convention as a Living Instrument Rooted in the Past, Looking to the Future” published in *Human Rights Law Journal*.

¹⁴ See *Mapiripán Massacre v. Colombia*, 2005c, § 187; or *The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, 2001, § 146.

¹⁵ See, amongst many authorities, C-66/85 *Lawrie-Blum*, ECLI:EU:C:1986:284, as to the autonomous meaning of the notion of “worker” under the EU law.

firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies (see, among other authorities, *Demir and Baykara v. Turkey*, cited above, § 146). As explained above, we take the stance that the doctrine, albeit it might have been viewed as innovative, is in compliance with the methods of interpretation enumerated in Article 31 of the VCLT. Specifically, it was derived from the object and purpose of the Convention, subsequent agreements, subsequent practices and relevant rules of international law applicable in the relations between the parties in their entirety.

Theme 1, subtheme iv)

II. INTERACTION BETWEEN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS [DRAFT CHAPTER OF THEME 1, SUBTHEME IV]]

3.1. AS TO THE STRUCTURE

In general terms, we consider the current structure of the subtheme as being straightforward and easily comprehensible. In particular, we wish to support the subdivision of the second chapter of the text according to various approaches taken by the Court in its jurisprudence rather than the classification based on Articles concerned. From this perspective, we believe that the passage suitably illustrates the diversity and fragmentation in the Court's practice.

3.2. AS TO THE CONTENT

Given the specificities inherent to IHL, we agree that it appears both useful and logical to begin with a brief introduction into the subject. Beyond the current wording of the introductory part, we see it advisable to include at least a short mention of both the Geneva and the Hague Conventions. By explaining different objectives they pursue the text could benefit from drawing a clear dividing line between them. In this context, we have certain doubts about the accuracy of the statement contained in the second paragraph on page two which aspires to define the IHL as a body of laws "governing activities of those engaged in armed conflicts". The IHL addresses not only activities, but primarily the status and protection of those who are involved in armed conflicts to mitigate their savagery and inhumanity. Through this prism, IHL and international human rights law have both in common that they aim at protecting human dignity of every person.¹⁶ At the same time, we find it overly simplifying to speak about those who are "engaged". It cannot be disregarded that the provisions of IHL are widely determined to protect those who are not or no longer involved in an armed conflict (civilians and combatants who have laid down their arms and surrendered). In the remaining, we share the position that the introduction should point to possible frictions that might arise when both IHL and international human rights law come into play at once, because, even if exceptionally only, there are cases where both systems provide different solutions to a given problem.

Furthermore, we assume that for the sake of accuracy the statement that the IHL was designed to be applied in situations "where usual processes of social ordering have broken down or are under threat" would deserve to be reshaped (see the second paragraphs on pages two and three). This general and non-legal text might be misleading. It does not reflect the terminology used in IHL which

¹⁶ See Prosecutor v. Anto Furundzija, judgment, ICTY, 10 December 1998, IT-95-17/1 (1999) 38 ILM 317 (1999).

is contained for instance in the jurisprudence of international courts and tribunals, especially the criminal ones.¹⁷ It is not a legal definition and it does not follow said jurisprudence regarding distinction of armed conflict from internal disturbances and tensions, therefore we propose deleting it from the text of the draft report.

We also propose correcting the statement in paragraph three on page three of the draft report that both the IHL and international human rights law developed in the Post WWII period. The information is not accurate because a part of IHL was created already before the WWII, for instance the Geneva Convention for the amelioration of the condition of the wounded in armies in the field (1864), a set of conventions in the field of “laws and customs of war” (1899 and 1907), Geneva Protocol for the prohibition of the use in war of asphyxiating, poisonous or other gases and of bacteriological methods of warfare (1925) and Geneva Convention relating to the treatment of prisoners of war (1929).

As to the overview of the Court’s seldom case law relevant to the examined area, we completely go along with the point that it developed gradually in several steps. This enables us to identify different stages of the Court’s willingness to refer and apply IHL in its reasoning. Leaving aside the practice of the European Commission, the saga begins with the Court’s reluctance to consider provisions of IHL (see *Güleç v. Turkey*, no. 21593/93, judgment of 27 July 1998, §§ 63–64). In later cases, the Court still remained silent about IHL, thereby applying solely the Convention, but the vocabulary, terminology and reasoning leaves no room for doubts that provisions of IHL were taken into consideration. Nevertheless, the implicit or indirect references enabled the Court to somehow harmonize the Convention and its provisions with some IHL standards (see *Ergi v. Turkey*, no. 23818/94, judgment of 28 July 1998, § 77; and *Özkan v. Turkey*, no. 21689/93, judgment of 6 April 2004). Indeed, there may also be found cases in which the Court explicitly considers IHL, but concludes that it is not its role to interpret or apply it (*Marković and others v. Italy*, no. 1398/03, judgment of 14 December 2006, § 108–109). Finally, the Court has recently again changed its stance and seems to be opened to making explicit references to provisions of IHL (*Korbely v. Hungary*, no. 9174/02, judgment of 19 September 2008 where it applied common Article 3 to the Geneva Conventions as a starting point for its reasoning under Article 7 of the Convention; *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, nos. 2312/08 and 34179/08, judgment [GC] of 18 July 2013, § 74; or *Hassan v. the United Kingdom*, no. 29750/09, judgment [GC] of 16 September 2014).

In our understanding of these developments, the Court’s initial approach went against the prevailing trend in international practice which indicates that, in situations of armed conflict, IHL applies as *lex specialis* and supersedes human rights law. It is particularly striking when the former case law is confronted with the stance taken by the ICJ¹⁸ or, for example, the Human Rights Committee.¹⁹ The Court used to bypass the *lex specialis* rule by directly applying the Convention provisions or applying IHL only *sub silentio*, i.e. indirectly as a source of inspiration for its reasoning. That is why we welcome the recent developments, notably the conclusions reached by the Grand

¹⁷ See for instance, Prosecutor v. Tadic, Case, no. IT-94-1-AR72, Decision on Jurisdiction, 2 October 1995, § 70: “an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State. International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved.”

¹⁸ See Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, advisory opinion, 9 July 2004, 2004 ICJ Reports 136, § 106; Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, advisory opinion, 8 July 1996, 1996 ICJ Reports 226, § 25; United Nations Human Rights Committee, General Comment No 31, Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 26 May 2004, CCPR/C/21/Rev1/Add.13 (General Comments), § 11. See also Marco Sassòli, *Le droit international humanitaire, une lex specialis par rapport aux droits humains?* In Auer, Flückinger and Hottelier (no. 4 above), 375.

¹⁹ See *Coard and others v. United States*, Report No 109/99, Case no 10.951, 29 September 1999, § 39; or *Abella v Argentina*, Report No 55/97, Case No 11.137, Argentina, OEA/Ser/L/V/II.97, Doc 38, 30 October 1997, § 159.

Chamber in its *Hassan* judgment, which might put an end to the fragmentation in the given area of international law.

Given the main goal sought by the drafting group, we gladly observe that the concluding parts comprise existing challenges and possible solutions. For our part, one of the main challenges after the delivery of *Hassan* judgment is to reconcile the majority's findings with Article 15 of the Convention. Does it mean that the States are no longer required to make explicit derogation under that provision if they wish to restrict certain rights in time of war or other public emergency threatening the life of the nation? Are they allowed to invoke IHL to diminish on a case-by-case basis the human rights standards applicable under the Convention even without making such an explicit derogation? Does it imply that the derogations are obsolete? Against this background, it may be interesting to note that in previous cases, the Court – after observing that no martial law or state of emergency accompanied by the derogation under Article 15 of the Convention had ever been declared by the authorities – concluded that the act in question has to be consequently examined against a normal legal background, i.e. the Convention standards (see *Khamzayev and Others v. Russia*, no. 1503/02, judgment of 3 May 2011, § 185; or *Isayeva v. Russia*, no. 57950/00, judgment of 24 February 2005, § 191; *Damayev v. Russia*, no. 36150/04, judgment of 29 May 2012, § 71).

* * *

FRANCE**Thème 1, sous-thème i)****Méthodes d'interprétation développées par la CEDH.**

[...]

On pourrait en dire autant de l'accent mis par la Cour sur la concrétisation et l'effectivité des droits. Il est à noter toutefois qu'en développant ces concepts, la Cour n'a pas expressément cherché à les dériver des règles d'interprétation de la CVDT ou d'invoquer celles-ci d'une autre manière.

Thème 1, sous-thème ii)

2. En examinant la place de la Convention dans l'ordre juridique international, la jurisprudence de la Cour et les commentaires académiques ont mis l'accent sur l'obligation fondamentale contenue dans l'article 1 de la Convention, que les États parties doivent garantir à toute personne relevant de leur "juridiction" les droits et libertés énoncés dans la Convention. La grande majorité des affaires concerne des contestations contre des actions d'un État sur son territoire et, par conséquent, l'application de la notion de «juridiction» est claire et ne nécessite pas d'interprétation supplémentaire. Toutefois, il existe deux situations dans lesquelles un État défendeur peut contester la question de juridiction: (a) lorsque l'État défendeur nie avoir exercé une "juridiction" au motif qu'il n'était pas responsable de l'acte reproché; ou (b) lorsque l'État défendeur agit en dehors de son propre territoire et, par conséquent, nie que ses actes constituent un exercice de sa "juridiction". Dans de tels cas, il existe un nombre important de normes de de vastes corps de droit international concernant sur les notions de responsabilité internationale et de juridiction étatique. La Cour peut s'appuyer sur ces corps de droit normes lorsqu'elle interprète l'obligation énoncée à l'article 1, notamment en s'appuyant sur les règles du droit international relatives à l'interprétation des traités et en particulier l'article 31 (1) (c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

3. La notion de "juridiction" en droit international se réfère à l'exercice du pouvoir légal d'un État d'affecter des personnes, des biens et des situations. Ce pouvoir peut s'exercer par le biais d'actions législatives, exécutives ou judiciaires. La juridiction législative s'exerce principalement à l'égard des personnes, des biens et des situations sur le territoire de l'État, mais peut parfois être exercée de manière extraterritoriale.²⁰ La juridiction en matière de mise en œuvre de la loi d'exécution (c'est-à-dire les pouvoirs des tribunaux et de l'exécutif pour faire appliquer la loi) ne peut s'exercer que sur la base de la territorialité (bien que la coopération internationale par des mesures telles que l'extradition, l'entraide judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des arrêts puisse contribuer à l'exercice de la juridiction d'exécution). Mais la notion de «juridiction» dans les

²⁰ Comme on le sait, le projet de loi sur la juridiction de Harvard définit cinq principes pour l'exercice de la juridiction législative, à savoir:

Comment [MF1]: Il paraît opportun de mentionner le récent arrêt de GC Magyar c Hongrie (2017) qui a consacré le droit d'accès à des informations reconnues d'intérêt public lorsque cet accès est déterminant pour la liberté d'expression

En effet cet arrêt est une excellente illustration de la théorie de l'instrument vivant des difficultés d'interprétation : la majorité a considéré que la Cour avait fait une interprétation conforme à sa doctrine habituelle en se fondant notamment sur le consensus qui se dégageait lors des travaux préparatoires alors que l'opinion dissidente considère que la Cour n'a pas suffisamment démontré l'existence d'un consensus européen, condition pourtant essentielle pour l'interprétation selon la doctrine de l'instrument vivant

Comment [MF2]: Il serait opportun de préciser que cette notion de juridiction au sens de la CEDH est une notion spécifique mais qui s'inscrit dans le cadre plus général du droit international. A cet égard il paraît opportun de présenter brièvement l'approche de la Cour internationale de justice sur la notion de juridiction afin d'illustrer les similitudes de raisonnement entre les deux cours (cf avis sur les Conséquences juridiques de l'édition d'un mur dans les territoires palestiniens occupés)

Comment [MF3]: Je ne suis pas certaine de ce terme

Comment [MF4]: Note de bas de page incomplète et devrait être explicitée pour le non expert

Comment [MF5]: Je ne suis pas certaine de ce terme

traités relatifs aux droits de l'homme renvoie à la juridiction d'un État et non à la juridiction d'un tribunal.

Comment [MF6]: Toute cette partie n'est pas claire et pourrait être supprimée

4. La notion de responsabilité de l'État en droit international traite de l'identification d'un fait internationalement illicite et des conséquences qui en découlent. À ces fins, un fait internationalement illicite est une expression qui couvre à la fois les actions et les omissions, et le caractère illicite d'un comportement s'appréciera il convient de juger de l'illicéité ou non de tels comportements selon à la lumière des les exigences de l'obligation prétendument violée: "tout acte internationalement illicite d'un État entraîne la responsabilité internationale de cet État ". Dans ce corps de droit, la notion d'"attribution" est utilisée pour déterminer s'il existe un lien suffisamment étroit entre un certain comportement et un État pour considérer ce comportement comme un "acte de l'État".

Comment [MF7]: Lequel?

Comment [MF8]: Préciser ce que l'on cite

Structure du rapport :

A. 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.

Discussionébat

B. L'application extraterritoriale de la Convention européenne des droits de l'homme

Introduction

Jurisprudence

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

Discussionébat

5. Le projet d'Articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, adopté par la Commission du droit international en 2001 (AREFII), codifie largement les règles coutumières du droit international en la matière, bien que sur certains aspects il s'agisse de développements progressifs du droit. Ces articles représentent un code des règles secondaires qui déterminent si un État a commis un fait internationalement illicite tel qu'il engage 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].

Comment [MF9]: Je ne comprends pas ce que désigne cette expression

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

[...]

8. Pour les besoins de la présente étude sur la notion de « juridiction », aux termes au sens de l'article 1 de la Convention, la première question qui se pose en matière de responsabilité de l'État est celle « de l'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 d'un comportement illicite (en effet, les questions concernant l'attribution sont souvent considérées comme faisant partie de la question de « juridiction » au sens de l'article 1). Par conséquent, il semblerait logique que la Cour se tourne vers les AREFI 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 AREFI indique clairement que les articles ne traitent pas de la possibilité d'invoquer la responsabilité des personnes ou entités autres 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 Etats sont un cadre approprié. La Cour EDH a suggéré que la réponse à cette question est, dans l'ensemble, « oui », puisqu'elle a souvent fait référence aux AREFI.²¹

9. Dans sa jurisprudence, la Cour EDH, de manière générale, ne traite pas explicitement de la question de l'attribution à l'Etat défendeur d'un comportement qui aurait violé la Convention. Toutefois, dans un nombre relativement réduit d'affaires (lesquelles se rapportent largement à la juridiction extraterritoriale), la question de l'attribution a été adressée spécifiquement examiné par la Cour, en général lorsqu'un Etat défendeur l'avait soulevé cette question, même si à l'occasion la Cour avait examiné à pu procéder à l'examen de la question d'attribution de son plein gré à son initiative.²¹

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

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

11. La Cour a commencé à traiter des questions de compétence « juridiction » et d'attribution bien avant que la plupart des États du Conseil de l'Europe rejoignent la CEDH (dans les affaires *Chypre c. Turquie* (1975) *Stocke* (1989) et *Loizidou* (1996)). Dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*²², 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 en statuant sur les exceptions préliminaires. La question de savoir si les faits faisant l'objet de la requête étaient imputables à la Turquie et pouvaient ainsi engager donnaient lieu à la responsabilité de cet Etat, a été tranchée par la Cour dans ses

Comment [MF10]: Ce point mérite d'être débattu et clarifié

Comment [MF11]: Citer des exemples

Comment [MF12]: Qui concernent la question de l'application de la Convention à une situation d'extraterritorialité?

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

²² L'affaire est née de la plainte d'une ressortissante chypriote d'origine grecque de Kyrenia, dans le Nord de Chypre, qui avait déménagé à Nicosie après son mariage en 1972. Elle prétendait être propriétaire de plusieurs parcelles à Kyrenia, affirmant que depuis l'invasion des forces turques en 1974, elle avait été empêchée de retourner à Kyrenia et de faire usage de ses biens.

conclusions sur le fond.²³ La Cour a décrit le standard pertinent pour déterminer statuer sur la question de l'attribution comme suitde la façon suivante :

[...]

12. En examinant les preuves afin de déterminer si le déni continu d'accès à la propriété des requérants par les autorités de la « RTCN », qui a eu pour conséquence de leur faire perdre tout contrôle de leur propriété, et la subséquente perte de contrôle sur elle était imputable à la Turquie, la Cour a vait estimé que :

« Il ne s'impose pas de déterminer si, comme la requérante et le gouvernement chypriote 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). »²⁴

13. Dans l'affaire *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, la Cour a examiné le comportement de la « République moldave de Transnistrie » (RMT) laquelle aurait violé la Convention en arrêtant les quatre Moldaves en 1992 et en les condamnant un an plus tard pour "attaques terroristes" contre les citoyens de l'enclave lors d'une guerre entre la RMT et Moldova en 1991. 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.

16. En examinant la question de la responsabilité des États dans l'affaire *Loizidou*, la Cour aurait semble avoir 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 dansénoncé à l'article 8 des AREFI, traitant du comportement d'une personne ou d'un groupe des personnes dirigé ou contrôlé par un État. En effetA cet égard ?, les commentaires de la CDI sur cet article se réfèrent à l'affaire Loizidou dans une note de bas de page à son commentaire sur l'article 8.²⁵

17. Dans l'affaire 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.²⁶ Concernant la question de l'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 AREFI

²³ *Loizidou c. Turquie*, supra note 50, § 64.

²⁴ Ibidem, § 56.

²⁵ CDI, Projet d'articles sur la responsabilité des Etats 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 Etat 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 Preliminaries, Eur. Court H.R., Series A, n°. 310, p. 23, para. 62 (1995)."

²⁶ Voir *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, note 70 supra, opinion dissidente du juge Kovler.

a été le principe d'attribution pertinent pour statuer sur la question de l'attribution. 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'éloigner des principes énoncés à l'article 8 des AREFI et fixent un seuil significativement inférieur par rapport à celui du critère plus restrictif du l'approche du contrôle effectif restrictif, qui exige typiquement la preuve d'un contrôle factuel sur une conduite spécifique, critère qui est d'ailleurs celui que retient la ce que favorise la jurisprudence de la CIJ.²⁷

Comment [MF13]: Veut on dire ici que la Cour aurait du utiliser ce texte pour statuer sur la question de l'attribution? Ne devrait on pas être plus nuancés?

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

18. 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 respectif de chaque l'État par rapport aux au regard des obligations en vertu de la Convention conventionnelles. A cet égard, l'arrêt Iliașcu 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 de chacun des deux Etats. Ces actions et omissions avaient contribué à un préjudice / une plainte.

19. D'autres exemples incluent l'affaire *Rantsev c. Chypre et Russie*²⁸ et *Stojkovic c. France et Belgique*.²⁹ L'approche de la Cour dans ces affaires, dans lesquelles il était clair pour quel compte agissaient les des personnes et entités concernées particulières, est cohérente avec le principe de la responsabilité indépendante que sous-tend les AREFI.³⁰

Comment [MF14]: Ne devrait on pas plus développer cet exemple?

20. Dans un certain-nombre d'arrêts, la Cour a été confrontée au comportement d'un organe d'État étatique qui avait été mis à la disposition d'un autre État. Dans ces affaires, il n'était pas clair évident, dès le départ, de déterminer 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* (les requérants de l'espèce se plaignaient de l'iniquité de leur procès en Andorre (où la Cour a estimé ne pas être compétente pour enquêter) et de leur détention en France). 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. Elle a constaté que :

[...]

21. Dans une autre catégorie 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

²⁷ A cet égard, voir également les conclusions de la Cour internationale de justice dans *Nicaragua c. Etats 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

²⁸ *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, CEDH 2010. L'affaire concerne la mort d'Oxana Rantseva à Chypre et a été intentée par son père. La Cour a traité cette affaire sous l'angle de la traite des êtres humains.

²⁹ *Stojkovic c. France et Belgique*, n° 25303/08, 27 octobre 2011. L'affaire découle de la plainte de M. Boban Stojkovic, détenu à Bruges (Belgique) et ensuite interrogé par le fonctionnaire français sans la présence de l'avocat.

³⁰ Voir M. Den Heijer, 'Issues of Shared Responsibility before the European Court of Human Rights', (2012) 04 ACIL Research Paper (SHARES Series), au 18.

requérant a allégué, en particulier, qu'il avait fait l'objet d'une opération de remise secrète, notamment qu'il aurait-avait été arrêté, détenu en secret, interrogé et maltraité par des agents de l'Etat 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.

22. 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'Etat défendeur. Dans ce contexte, elle a souligné que :

[...]

24. La Cour a tenu l'Etat 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 Etat.³¹ Elle avait estimé que :

[...]

26. En ce qui concerne la responsabilité de l'Etat pourenraisonde l'éloignement du requérant de son territoire, la Cour avait indiqué que l'éloignement d'un requérant du territoire d'un Etat défendeur pourraitpeut engager la responsabilité de cet Etat 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. »³² Elle avait expliqué :

[...]

27. La Cour avait conclu qu'en raison de « l'acquiescence—l'acquiescement et la connivence » dont elle a fait preuve dans le cadre du programme des États-Unis, la Pologne doit être vue comme responsable pourde 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 queselonlesquelles la Pologne n'a pas été directement impliquée dans les interrogations—interrogatoires (et, par conséquent, dans les actes de torture infligés en Pologne) et qu'il était peu probable que les autorités polonaises soient—ont témoins ou sachent—ont exactement su ce qu'il s'était passé à l'intérieur du centre de détention. La—la responsabilité de la Pologne aétébaseeestfondée 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.

28. 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—celui d'un autre, à des fins de détention et d'interrogatoire en dehors du système juridique—judiciaire 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

³¹ Idem, § 215.

³² Idem, § 453

centres de détention secrète, les autorités polonaises ~~lavaient l'ont~~ exposé à un important risque prévisible d'autres mauvais traitements et conditions de détention en violation de l'article 3 de la Convention.³³

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

[...]

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

34. La question de savoir si une conduite ~~particulière spécifique~~ doit être attribuée soit à un Etat (membre) ~~soit~~ à une organisation internationale, ou aux deux, a été traitée par la Cour dans les affaires ~~phare de Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège~~ (dans cette affaire, la Cour a traité de la responsabilité pour les dommages causés à des enfants par des ~~munitions mines~~ à fragmentation non-explosées dans la partie du Kosovo pour laquelle une brigade multinationale dirigée par la France était responsable. La brigade faisait partie d'une force de sécurité internationale (KFOR) déployée en vertu de la résolution 1244 du Conseil de sécurité des Nations Unies) et *Al-Jedda c. Royaume Uni* (l'affaire concernait la détention pour une durée indéterminée d'un citoyen de double nationalité britannique / iraquienne dans un centre de Bassora dirigé par les forces britanniques agissant en vertu de la résolution 1546 du Conseil de Sécurité des Nations Unies). Ces affaires concernaient des opérations militaires autorisées par les Nations Unies. Elles seront traitées dans la partie du rapport concernant ~~la relation de l'interaction entre~~ la Convention ~~avec et~~ les résolutions contraignantes du Conseil de Sécurité des Nations Unies.

DébatDiscussion

35. Selon ~~les commentateurs juridiques la doctrine~~,³⁴ la jurisprudence de la Cour démontre que la Cour a eu une approche plutôt variée et disparate à l'égard des règles d'attribution reflétées dans les AREFI, les suivant expressément dans certaines affaires,³⁵ 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 telles que comprises dans les AREFI. 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'affaires dans lesquelles la Cour s'est écartée du droit international général, elle l'avait fait tout en s'étant référée à certains articles spécifiques des AREFI, ~~lorsqu'elle dressait la liste référencant des dispositions pertinentes du droit international dans le cadre de la présentation du droit pertinent! Le fait de citer les articles des AREFI dans ce contexte pourrait être compris comme si la Cour suggérait qu'elle les aurait appliqués~~. Mais en réalité, ce n'est pas toujours

Comment [MF16]: Un seul commentateur cité

Comment [MF17]: Nuance pour ne pas être trop critique

Comment [MF18]: Relativiser là aussi

Comment [MF19]: Pas nécessairement, la Cour cite diverses normes dans la présentation du droit pertinent comme par exemple des décisions des comités onusiens. Cela ne signifie aucunement qu'elle va les appliquer, la Cour ayant pour seule compétence d'appliquer la Convention

³³ Idem, § 518.

³⁴ Jane M. Rooney "The Relationship between Jurisdiction and Attribution after Jaloud v. Netherlands"// Neth Int Law Rev 2015 vol.62 p.p.407–428, Kristen Boon Are Control Tests Fit for the Future? The Slippage Problem in Attribution Doctrines// Melbourne Journal of International Law, Vol. 15, No. 2, 2014

³⁵ Par exemple, *Loizidou*.

ce que la Cour a effectivement fait. Cela 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 affirmant en même temps de suivre les règles du droit international général.

36. 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 prédominante 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 semblable au développement du droit du fait des décisions des différents traités par un nombre des tribunaux internationaux, si l'on se souvient que toute jurisprudence est étant susceptible de changer, mais il doit être également entendu que certains régimes des traités sont plus sensibles que d'autres et peuvent exiger une analyse plus diligente.

37. Une autre préoccupation peut survenir lorsque la Cour dévie du droit international général sans le faire de façon consistante et cohérente.³⁶ Ce problème est amplifié lorsque l'explication du raisonnement sous-jacent du pourquoi et comment elle le fait est également manquante la motivation manque de clarté. Cela engendre des incertitudes pour les Parties contractantes à la Convention, puisque elles lesquelles sont incapables de prévoir la façon dont la Cour va interpréter les règles d'attribution dans les affaires futures et, par conséquent, dans la pratique, elles ces dernières 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).

38. 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 la « juridiction » aux termes de l'article 1 de la Convention, d'une part, et l'attribution d'un comportement selon le droit 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*.³⁷ 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 *l'affaire Ilascu*, 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 à l'égard du requérant. Il a été soutenu 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'écarte et fixeront un seuil significativement plus bas par rapport au critère de « direction ou contrôle » utilisé par les AREFI.

39. Les incohérences apparentes dans l'interprétation par la Cour EDH 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 juridiction. Une jurisprudence de la Cour incohérente et insuffisamment motivée va entraîner une imprévisibilité et une incertitude parmi les Etats sur la manière dont leurs actions pourraient être qualifiées par la Cour. Assurer la sécurité juridique est essentiel pour la légitimité de la CourEDH et le maintien de

Comment [MF20]: Reformuler
La Cour applique la Convention en lien avec les autres textes internationaux pertinents
Elle rappelle le caractère spécifique de la Convention comme instrument de protection des droits de l'Homme

Comment [MF21]: Relativiser ce constat
La Cour adapte la Convention aux circonstances actuelles et est confrontée à des situations nouvelles.

Comment [MF22]: idem

Comment [MF23]: peu clair. Il faudrait reformuler pourquoi créer une hiérarchie entre différents traités ?

Comment [MF24]: là encore il faudrait relativiser le constat

Comment [MF25]: pourraient également être citées l'opinion séparée de la juge Gyulumyan dans l'arrêt *Minas Sargsyan c Azerbaïdjan* ainsi que celle de la juge Ziemele, qui souligne notamment les écarts de raisonnements entre la Cour EDH et la Cour internationale de justice.

Comment [MF26]: il serait utile de préciser par qui?

Comment [MF27]: Il faudrait nuancer

³⁶ 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.

³⁷ Cour EDH, *Jaloud c. Pays-Bas* [GC], n° 47708/08, § 152, CEDH 2014

son efficacité et de son autorité en tant qu'institution judiciaire indépendante et compétente, autorisée à contrôler le 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.

40. Deux articles de la Convention ont trait à la portée de son application territoriale. 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 ». Par ailleurs, En même temps, l'article 56 dispose 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.

41. 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.

42. 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 contentieusen'a pas donné lieu à des débats.

44. Dans l'affaire *Chypre c. Turquie*, la Cour avait réitéré que :
[...]

Comment [MF28]: Ajouter les références de l'arrêt

45. 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 à l'égard de ces droits au regard de la Convention. 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.

48. Dans sa jurisprudence, la Cour a distingué quatre catégories de juridiction extraterritoriale, chacune devant être « exceptionnelle et exigeant une justification spéciale » :

- (i) Affaires d'extradition ou d'expulsion impliquant l'extradition ou l'expulsion d'une personne du territoire d'un État membre, qui suscite des préoccupations concernant les mauvais traitements ou la mort dans le pays d'accueil au sens des articles 2 ou 3, ou, dans des cas extrêmes, les conditions de détention ou le procès au sens des articles 5 et 6 ;
- (ii) Affaires d'effets extraterritoriaux portant sur des situations d'extraterritorialité dans lesquelles les actes des autorités étatiques ont produit des effets ou ont été effectuées en dehors de leur propre territoire (fondées sur 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 et Chypre c. Turquie* résultant 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 le pavillon de, l'État en question.

51. Toutefois, dans les affaires post-*Banković*, la Cour ~~a pris une toute autre direction, cherchant à développera procédé à~~ une interprétation plus large de l'article 1 de la Convention. Dans ~~cette une~~ série de plusieurs 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 le modèle « spatial » ; et (ii) lorsqu'une personne relève de la compétence exclusive et/ou contrôle exclusif d'un agent de l'État – « le modèle personnel de juridiction ». 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.

Comment [MF29]: Suggestion de suppression pour atténuer le propos
Il y a une continuité dans la jurisprudence de la cour EDH

52. Dans sa décision dans l'affaire *Issa* traitant des meurtres présumés des bergers irakiens par des soldats turcs sur le territoire ~~de~~ l'Iraq, 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 ». La Cour est parvenue à cette conclusion ~~en~~ se basant sur la même décision du Comité des droits de l'homme qu'elle avait refusé d'appliquer dans l'affaire *Banković*.

53. Dans sa décision *Pad et autres c. Turquie*, la Cour a examiné les requêtes des ressortissants iraniens, qui concernaient 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 a estimé que la responsabilité de la Turquie pouvait potentiellement être engagée en vertu du modèle personnel de juridiction, s'écartant clairement de la décision *Banković* et au mépris de la ressemblance frappante des circonstances factuelles avec l'affaire *Banković*.

54. Dans son arrêt *Al-Skeini* la Grande Chambre a ~~cherché à développer~~ davantage développé 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 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 établie dans *Banković*, à savoir que la juridiction extraterritoriale doit être exceptionnelle et justifiée par le droit international général.~~

Comment [MF30]: On pourrait atténuer le propos. Al Skeini a été venu clarifier la jurisprudence de la Cour sur l'article 1 et la Cour s'est efforcée de faire le lien entre *bankovic* et *Al Skeini*

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

(a) affaires impliquant l'autorité et le contrôle par les agents de l'État (c'est-à-dire le modèle personnel de juridiction), incluant :

- (i) les actes des agents diplomatiques et consulaires des États parties 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 partie à la Convention sur le territoire d'un autre État, avec son consentement, invitation ou acquiescence-acquiescement ; et
- (iii) dans certaines affaires, en vertu de l'usage de la force par un État à la Convention sur le territoire d'un autre État.

56. La Cour a décrit son modèle personnel de juridiction comme étant « l'exercice du pouvoir et du contrôle physique» et, en conséquence, de la juridiction de l'État à travers ses agents en dehors de son territoire « sur la personne en question ». La Cour a estimé que l'Etat à « en vertu de l'article 1 une obligation de reconnaître à cette personne les droits et libertés définis au titre I de la Convention qui sont pertinents au regard de dans la situation de cette personne. En ce sens, dès lors, les droits découlant de la Convention peuvent être 'fractionnés et adaptés' ».

59. Comme nous le verrons ci-après par la suite, le cadre analytique établi par la Cour dans l'arrêt Al-Skeini pourrait soulever un nombre de questions concernant la clarté et la pertinence des limitations encadrant l'extension de l'application extraterritoriale de la Convention. Et ces préoccupations sont largement confirmées par la jurisprudence de la Cour qui s'est ensuivie.

Comment [MF31]: À nuance à la lumière des discussions

60. Dans son arrêt dans l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, (où la Cour a examiné les griefs des migrants somaliens et érythréens en provenance de Libye qui avaient été interceptés en mer par les autorités italiennes et renvoyés en Libye, les exposant à un risque de mauvais traitements), 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 ». La Cour a fondé son raisonnement consistant à Pour considérer que l'Italie exercait un contrôle de jure la Cour s'est fondée sur le fait que les requérants ont été ramenés à bord des navires battant le 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'État dont le navire arbore le pavillon. Cette base pour constater une juridiction n'avait pas été mentionnée par la Cour dans les catégories établies dans son arrêt *Al-Skeini*.

Formatted: Font: 11 pt, Not Italic

61. Dans son arrêt *Jaloud c. Pays-Bas* (l'affaire résultait-deconcerne) la fusillade d'un jeune citoyen irakien par les troupes néerlandaises à un poste de contrôle en Irak), la Cour a conclu que l'État défendeur exerçait sa juridiction sur le requérant, se basant sur le fait que celui-ci :

[...]

Comment [MF32]: La Cour relève aussi qu'il y avait des agents italiens sur le navire et qu'il y a également un contrôle de facto

62. Bien que pas totalement clair, Cee 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 que ceci était censé être un facteur limitant l'application du test « de l'autorité de l'agent de l'Etat », mais la Cour ne précise pas si telle était réellement son intention et, le cas échéant, comment la limitation fonctionne.

Comment [MF33]: Il serait opportune de clarifier et préciser les commentateurs évoqués

63. Cette conclusion soulève également la question de savoir comment le constat relatif au fait que les autorités néerlandaises avaient agi « dans le cadre de l'exécution de la mission SFIR » s'articule avec les e rapporte aux conclusions de la Cour dans les paragraphes 135-136 de l'arrêt *Al-Skeini*, en particulier concernant l'exercice des « pouvoirs publics » de prérogatives de puissance publique. 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 les consentement, l'invitation ou acquiescence—l'acquiescement du gouvernement du territoire en question, l'Etat exerce la totalité ou une partie des pouvoirs publicsprérogatives de puissance publique, exercés normalement par ce gouvernement. Au paragraphe 136, dans lequel la Cour a parlé de évoqué 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 ».

64. A propos de la catégorie de la Cour relative à l'application extraterritoriale sur la base du « contrôle effectif d'une zone », on constate également un élargissement des facteurs que la Cour prendra en considération. Dans son arrêt rendu dans l'affaire *Catan c. Moldova et Russie* (l'affaire concernait des ressortissants moldaves vivant en République moldave de Transnistrie et se plaignant de l'interdiction, par la RMT, d'utiliser des alphabets latins dans les écoles), 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 plutôt l'accent sur la présence économique des compagnies russes et même sur « l'aide humanitaire directe ». La Cour a souligné :

[...]

65. Dans une série d'arrêts suivants, nés de la situation en Transnistrie, la Cour, se basant sur ses conclusions dans l'arrêt *lașcu* de 2004 (voir les paragraphes 45 et suivants, supraci-après) et sans avoir vérifié davantage les circonstances de l'implication de la Russie, a jugé que la Fédération de Russie était 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.

66. De même, dans des affaires relatives au Haut-Karabakh, telles que *Chiragov c. Arménie* la Cour semble avoir dilué ses critères de contrôle effectif en adoptant un critère plutôt large de « soutien militaire et économique », à la place d'un facteur relativement incontestable de la présence militaire de masse (l'affaire concernait les plaintes de six réfugiés azerbaïdjanais qui n'avaient pu regagner leurs maisons et leurs biens dans le district de Latchine, en Azerbaïdjan, d'où ils avaient été contraints de fuir en 1992 pendant le conflit du Haut-Karabakh).

Il convient de noter que l'approche de la Cour concernant la compétence extraterritoriale a été acceptée dans une certaine mesure par d'autres cours et tribunaux internationaux et organes de traités ont développé une jurisprudence sur l'application extraterritoriale des traités relevant de leur compétence lors de l'interprétation de la clause de juridiction figurant dans d'autres traités relatifs aux droits de l'homme. Dans son Avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édition d'un mur dans le territoire palestinien occupé, la Cour internationale de justice a déclaré au paragraphe 111 que le Pacte relatif aux droits de l'homme est applicable aux actions des autorités lorsqu'elles exercent leur juridiction en dehors de leur territoire. Le Comité des droits de l'homme a également constaté que le Pacte s'applique à toutes les actions des autorités israéliennes et de leurs représentants sur le territoire occupé (malgré le fait qu'une proportion significative des pouvoirs avait été transférée à l'Autorité palestinienne).³⁸ La Commission interaméricaine des droits de

Comment [MF34]: Ce passage mérite d'être clarifié
Au § 136 la Cour rappelle sa jurisprudence sur le critère relative au recours à la force et dès lors au contrôle exclusif sur un individu

Comment [MF35]: Il faudra vérifier le n° de § de renvoi

Comment [MF36]: La CIJ ne s'est pas inspirée de la Cour EDH

Comment [MF37]: Pour désigner le comité des droits de l'Homme

Comment [MF38]: La CIJ ne statue pas uniquement sur un traité relatif aux droits de l'Homme

³⁸ Voir aussi Comité des droits de l'homme, Observation générale n ° 31: La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, 80ème session, Doc ONU CCPR / C / 21 / Rev.1 / Add.13 (26 mai 2004) [10] (prévoyant que les États ont l'obligation de garantir et de respecter

l'homme, interprétant la Convention américaine sur les droits de l'homme (un traité modélisé après la Convention européenne), a invoqué la même approche pour étendre sa juridiction aux affaires impliquant l'intervention militaire américaine à Grenade en 1983 et au Panama en 1989, et les affaires de détention continue/illimitée indéfinie des étrangers par les États-Unis dans des camps situés en dehors des États-Unis, à Guantanamo Bay, Cuba. Mais il convient également de noter que la juridiction extraterritoriale des traités relatifs aux droits de l'homme a été constamment contestée par certains des Etats tels que les Etats-Unis, Israël, le Royaume-Uni et le Canada contestent l'application extraterritoriale du Pacte international des droits civils et politiques notamment.

DébatDiscussion

67. Pour nombreux commentateurs, l'arrêt *Banković* demeure l'affirmation de principe la plus claire quant à l'application extraterritoriale de la Convention.³⁹ Il prévoit 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 dans *Banković* que selon lequel l'étendue de la « juridiction », 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 de réelles difficultés pour les États aspirant à répondre aux exigences de la Convention.

Comment [MF39]: Un seul commentateur cité

68. 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 exigeait que les droits prévus par la Convention soient garantis dans leur ensemble plutôt qu'être divisés et adaptés, peut être considéré comme tendant à assurer la cohérence et l'intégrité du système de la Convention.

Comment [MF40]: Il avait été convenu de nuancer le propos et de ne pas présenter bankovic comme l'arrêt de référence
Il conviendra d'en discuter

69. Les développements de la jurisprudence ultérieure ont connu quelques écarts significatifs de ces « lignes claires », sans atteindre toutefois une clarté similaire dans les règles proposées pour les remplacer. Ainsi, par exemple, il existe une acceptation courante de l'idée de l'espace juridique au sens 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 ».

Comment [MF41]: Dans Al Skeini la Cour a réglé la question de l'espace régional et a considéré que la Convention ne saurait s'appliquer uniquement à l'intérieur de l'espace régional des Etats contractants (!141 142)

70. S'agissant de la division et de l'adaptation des droits prévus par la Convention, comme nous avions pu le constater, la Cour est allée plus loin, renversant apparemment sa conclusions 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 va 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,

Comment [MF42]: Même commentaire que supra

le Pacte international relatif aux droits civils et politiques («PIDCP») dans le pays et à l'étranger pour les personnes relevant de leur «pouvoir ou contrôle effectif».

³⁹ Voir Marko Milanovic "Al-Skeini et Al-Jedda à Strasbourg" // La Revue Européenne de Droit International 2012 Vol. 23 No. 1

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 de 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 garantie effective. Dans beaucoup de situations dans lesquelles la Cour avait conclu à l'application extraterritoriale de la Convention, l'Etat défendeur n'a bénéficié (de manière tout à fait appropriée) que de pouvoirs limités ne lui permettant pas d'assurer l'application effective de la Convention. Le résultat de « la division et l'adaptation » de la Convention dans ces circonstances est susceptible d'accroître l'insécurité juridique, plutôt que d'assurer une protection effective des droits prévus par la Convention.

Comment [MF43]: Même commentaire que supra

71. 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/prérogatives de puissance publique 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 très large, puisque pratiquement toute action d'un fonctionnaire de l'État, et en particulier celle qui a une incidence sur les personnes, pourrait par définition être considérée 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.

Comment [MF44]: Même commentaire que supra
Il faudrait nuancer le propos

72. Une expansion parallèle-similaire 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 s'y est basées'est basée sur cette notion pour r-afin d'attribuer le comportement d'une entité à une autre dans leen droit de la responsabilité des États. Néanmoins, sa jurisprudence antérieure, par exemple *Loizidou*, qui se fondait 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.

73. Tandis que la relation entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme sera considérée de manière plus approfondie ailleurs au quatrième chapitre, il est frappant de noter que le seuil pour l'application du droit de l'occupation (qui, sous certains aspects, établit des obligations moins lourdes pour 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 » et l'étendre 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 ».

Comment [MF46]: Il faudrait peut-être clarifier cette notion

Comment [MF47]: Le citer

Comment [MF48]: Même commentaire que supra

74. Tous ces développements ont vocation à accroître le degré d'incertitude pour les États lorsqu'il s'agit de leur capacité de prédire l'approche probable de la Cour et par conséquent de s'acquitter de leurs obligations au titre de la Convention.

Comment [MF49]: Il faudrait là encore nuancer le propos

Thème 1, sous-thème iii)

1. Il est indiscutable que l'Organisation des Nations Unies occupe une position centrale dans le système international, et de manière analogue, que la Charte de l'ONU est un texte fondamental document central dans le système juridique international. L'objectif principal des Nations Unies est le maintien de la paix et de la sécurité internationales. Toutefois, dans son approche globale en ce qui concerne cette tâche, l'ONU recherche non seulement à restaurer la paix là où les conflits sont survenus, mais recherche également à prévenir les conflits et à remédier à leurs causes, y compris par le biais de son travail en matière de désarmement, de développement durable, de droits de l'homme et du développement du droit international. Et, bien évidemment, c'est le même esprit de reconstruction et de reconnaissance de la nécessité de construire les fondations d'une paix durable qui a mené à la création du Conseil de l'Europe⁴⁰ et de la Convention européenne des droits de l'homme⁴¹.

2. Le système de la Charte prévoit une structure sophistiquée d'es organes, dotés chacun avec de ses propres domaines d'activité et responsabilités, pouvoirs, procédures et méthodes de travail. Et les relations entre les organes et entre l'organisation et ses États membres sont régies par un ensemble complexe de lois et de pratiques découlant de la Charte elle-même. La Charte est donc la loi suprême de l'organisation et, compte tenu de la vocation universelle de l'ONU en tant qu'organisation politique centrale chargée du maintien de la paix et de la sécurité internationales, la Charte revêt une importance constitutionnelle centrale dans les systèmes politiques et légaux internationaux. Dans le contexte actuel, deux éléments de la Charte sont particulièrement notables il y a deux éléments frappants de la Charte, qui sen ce qu'ils sont sans précédent dans leen droit international et qu'ils démontrent l'engagement des États membres à garantir l'efficacité du système des Nations

Comment [LL50]: Le maintien de la paix (et de la sécurité) fait partie des buts de la Charte, mais n'est pas le seul. Les buts des NU sont énumérés à l'art. 1er. D'ailleurs le développement du respect des droits de l'homme en fait par ex. partie – voir art. 1§3 de la Charte.

⁴⁰ Le Statut du Conseil de l'Europe prévoit :

Article 1er

a Le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social.

b Ce but sera poursuivi au moyen des organes du Conseil, par l'examen des questions d'intérêt commun, par la conclusion d'accords et par l'adoption d'une action commune dans les domaines économique, social, culturel, scientifique, juridique et administratif, ainsi que par la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

c La participation des membres aux travaux du Conseil de l'Europe ne doit pas altérer leur contribution à l'œuvre des Nations Unies et des autres organisations ou unions internationales auxquelles ils sont parties.

d Les questions relatives à la défense nationale ne sont pas de la compétence du Conseil de l'Europe.

⁴¹ Cf. le préambule à la Convention:

Réaffirmant leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme dont ils se réclament ;

Unies dans le rôle essentiel de maintenir la paix et la sécurité internationales. Le premier est l'autorité exécutive donnée au Conseil de sécurité, un organe de 15 États membres qui agit par le biais d'un système spécial de vote à la majorité, et a le pouvoir de prendre des décisions que l'ensemble des membres ont une obligation juridique légale de mettre en œuvre (ce point sera examiné dans la section suivante). La deuxième caractéristique est l'article 103 de la Charte selon lequel, en cas de conflit entre les obligations qui incombent aux États membres en vertu de la Charte et les obligations découlant d'autres accords internationaux, les obligations découlant de la Charte doivent prévaloir.

3. La garantie de la suprématie primauté des obligations de l'ONU sur les autres obligations internationales, énoncées à l'article 103, est unique dans le système horizontal du droit international qui opère entre les États souverains. Sa place particulière est reflétée dans l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Sur le plan juridique, il s'agit d'une disposition vitale qui garantit que les obligations des Nations Unies sont exécutées de manière effective par les États membres. Tout comme un État ne peut invoquer son propre droit interne pour justifier le non-respect d'une obligation issue d'un traité, les États ne peuvent invoquer d'autres obligations issues d'un traité pour justifier le non-respect d'une obligation découlant de la Charte des Nations Unies. Il est important dans le contexte actuel que les obligations découlant des décisions obligatoires du Conseil de sécurité soient considérées comme des obligations découlant de la Charte des Nations Unies aux fins de l'article 103.⁴²

1. Le Conseil de Sécurité

4. Conformément à l'Article 24 de la Charte de l'ONU, le Conseil de sécurité a comme est chargé de la responsabilité principale en ce qui concerne d'assurer le maintien de la paix et de la sécurité internationales :

Afin d'assurer l'action rapide et efficace de l'Organisation, ses Membres confèrent au Conseil de sécurité la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales et reconnaissent qu'en s'acquittant des devoirs que lui impose cette responsabilité le Conseil de sécurité agit en leur nom. (soulignement ajouté)

5. Les pouvoirs du Conseil de sécurité sont étendus, lui donnant une grande mesure de liberté d'action afin de déterminer la réponse la plus adéquate à une rupture ou une menace à la paix. Il peut soit utiliser ses pouvoirs afin de rechercher des recherches des solutions diplomatiques aux disputes différends conformément au Chapitre VI de la Charte soit ou ses pouvoirs de décider d'entreprendre des actions coercitives conformément au Chapitre VII afin de réagir face aux menaces à la paix, ruptures de la paix, et aux actes d'agression. En ce qui concerne ces pouvoirs, les les décisions du Conseil de sécurité prises conformément au chapitre VII sont juridiquement contraignantes (Article 25) et le Conseil a le pouvoir de déterminer si une l'action coercitive devrait doit être entreprise par tous ou seulement certains Etats membres de l'ONU (Article 48).

6. Après la fin de la Guerre froide, le Conseil de sécurité a été capable en mesure d'utiliser ses pouvoirs institués par le Chapitre VII de manière plus étendue qu'auparavant. La Charte prévoit expressément que le Conseil (a) ait recours à la force militaire et (b) impose des sanctions économiques, bien que, résultant de la raison de facteurs de nature politique ou autres, le Conseil a dû adapter dans sa pratique les moyens par lesquels il exerce ces pouvoirs sont exercés. En outre et dans le cadre de sa afin de subvenir à sa responsabilité en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales, le Conseil a fait preuve

Comment [LL52]: Je suppose qu'il s'agit d'une coquille et que « énoncée » renvoie à la garantie, et non aux obligations, car l'art. 103 n'énonce aucune obligation, si ce n'est celle de la primauté des dispositions de la Charte.

Comment [LL53]: Le système international n'est pas uniquement composé d'Etats. Ces derniers sont les sujets dits primaires de l'ordre juridique international, mais il existe d'autres sujets (les OI ; certaines entités infra-étatiques ; les personnes privées peuvent jouir d'une personnalité juridique partielle)

Comment [LL54]: Cette phrase pourrait être plus développée

Comment [LL55]: Ce n'est pas vraiment la même chose : les lois internes sont des faits du point de vue du droit international, alors que l'art. 103 vise à garantir une application harmonisée des obligations internationales en garantissant la primauté des dispositions de la Charte.

Comment [MF56]: Pourquoi évoquer le contexte actuel? À quoi fait on référence?
Il faudrait expliciter la note de bas de page pour les non experts

Comment [LL57]: Les mesures que le CSNU peut prendre ne sont pas expressément détaillées ; elles se divisent entre "mesures n'impliquant pas l'emploi de la force" et "l'emploi de la force". Les sanctions éco ne sont « expressément » envisagées.

⁴² Référence à la décision Lockerbie de la CIJ

d'une grande démontré une ingéniosité considérable dans l'utilisation de ses pouvoirs institués par le Chapitre VII, y compris en empruntant des avenues voies qui n'ont pas été expressément prévues dans la Charte. Ainsi, par exemple, le Conseil a utilisé ces pouvoirs afin d'administrer des territoires, d'établir des juridictions internationales, de déréférer des situations à la Cour pénale internationale et d'établir une Commission d'indemnisation.⁴³

Alors-Bien que des aspects de la pratique la pratique du Conseil n'ont pas été dépourvus n'a pas été exempte de critiques (tant au regard de de détracteurs (tout au moins autant pour ce que le Conseil n'a pas été capable d'effectuer que pour ce qu'il a pu faire fait), le Conseil demeure néanmoins une institution centrale dans le système international pour le maintien de la paix ainsi qu'une source unique de légitimité⁴³.

(a) Le Conseil de sécurité et l'emploi de la force militaire

7. L'intention des rédacteurs de la Charte de l'ONU était que le Conseil de sécurité lui-même doive être soit en position d'utiliser la force (article 42), par le biais du déploiement des forces mises à sa disposition par les Etats membres conformément à des accords permanents (article 43). La réalité a toutefois été que les Etats n'ont pas voulu entrer dans de tels accords avec l'ONU. De cette manière Dès lors, le Conseil a du avoir recours à un mécanisme d'autorisation des utilisé un modèle autorisant les Etats à utiliser la force afin de réagir face faire face aux ruptures et menaces à la paix. De telles autorisations sont connues pour prendre prennent la forme d'une autorisation dans une résolution adoptée conformément au Chapitre VII « à prendre toutes mesures nécessaires » ou « d'utiliser tous les moyens nécessaires ». Ce modèle d'autorisation de participer à une action militaire a été adopté pour la première fois en 1990/1991 après l'invasion du Koweït par l'Iraq.

8. Il y a eu une plus grande volonté parmi les États de déployer des troupes sous un commandement de l'ONU dans les opérations de maintien de la paix. Pendant la guerre froide, lorsque alors que le Conseil de sécurité a souvent été empêché d'autoriser l'usage emploi de la force en vertu de l'article 42, le Conseil de sécurité a mieux réussi à déployer des troupes internationales pour maintenir la paix une fois que les belligérants ont accepté de suspendre leurs combats. Classiquement, ces forces de maintien de la paix étaient armées légèrement et déployées avec le consentement de l'État ou des États territoriaux concernés, et autorisées à servir de barrière entre les opposants et à utiliser uniquement la force pour se défendre. Cependant, au fil du temps, alors qu'un et avec un plus grand consensus au sein du Conseil de sécurité qui est maintenant possible dans l'après-guerre froide, les mandats de la force de maintien de la paix de l'ONU ont été pu se développer pour inclure, à l'occasion, l'usage emploi de la force en vertu du Chapitre VII

Comment [LL58]: La Charte ne donne pas une liste des mesures que le CSNU peut adopter dans l'exercice de ses fonctions. L'art. 25 et le chapitre VII de la Charte investissent le CSNU de pouvoirs décisionnels et coercitifs ; au Conseil de déterminer les mesures concrètes à adopter en application de ces pouvoirs. Nous suggérons donc de supprimer ce passage

Comment [MF59]: Du système de l'ONU?

Comment [LL60]: Il y a qd même le précédent antérieur de la guerre de Corée (R84 du 7 juillet 1950)

⁴³ Le développement et l'expansion de l'utilisation de ses pouvoirs par le Conseil de sécurité dans l'ère suivant immédiatement la fin de la Guerre froide ont été observés et débattus abondamment dans la littérature universitaire par des juristes internationaux – pour certains exemples récents, cf. : R Higgins et al., *Oppenheim's International Law United Nations* (Vol I and II) (2017); I. Johnstone "The Security Council and International Law" in S. von Einsiedel, D Malone, and B Stagno Ugarte (ed.s) *The UN Security Council in the 21st Century* (2016) pp 771-792; M. Mattheson *Council Unbound* (2006). D'autres travaux se sont principalement concentrés sur les limitations juridiques des pouvoirs du Conseil et comment elles peuvent être mises en œuvre de manière adéquate : cf. D Akande "The International Court of Justice and the Security Council: Is there room for Judicial Control of Decisions of Political Organs of the United Nations" (1997) 46 ICLQ 309-43; M Bedjaoui *The New World Order and the Security Council: testing the legality of its acts* (1994); B Fassbender "Quis judicabit? The Security Council, Its powers and Its Legal Control" 11 EJIL 219-20 ; V Gowlland-Debbas (ed) *United Nations Sanctions and International Law* (2001).; D Sarooshi *The United Nations and the Development of Collective Security: The Delegation by the UN Security Council of its Chapter VII Powers* (1999); A Tzanakopoulos *Disobeying the Security Council* (2011); E de Wet *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council* (2004).

dans des opérations de stabilisation de la paix, par exemple pour assurer la fourniture d'~~e~~ aide humanitaire. De même, plutôt que de déployer une force de l'ONU, le Conseil de sécurité peut autoriser une organisation régionale ou certaines~~s~~ États membres particuliers à mener des opérations de stabilisation de la paix après un conflit, y compris la possibilité d'utiliser la force.

(b) Le Conseil de sécurité et les sanctions économiques

9. L'Article 41 de la Charte donne au Conseil un large pouvoir d'appréciation pour décider des mesures dépourvues de l'emploi~~-l'emploi~~ de la force qu'il considère nécessaire pour donner suite à ses décisions. Celles-ci peuvent inclure, sans s'y limiter, ~~à~~ des sanctions économiques. La pratique ~~l~~ y a à présent un corpus étendu de pratique du Conseil en matière de sanctions ~~qui a été largement~~est largement développée dans la période suivant la fin de la Guerre froide. Les sanctions représentent un outil essentiel de la diplomatie moderne, qui peut être utilisé par le Conseil en réponse aux diverses menaces à la paix et la sécurité internationales, surtout comme une alternative crédible à l'utilisation~~-l'emploi~~ de la force. Elles ont été utilisées pour soutenir les processus de paix /les transitions pacifiques, pour dissuader les changements non-constitutionnels, pour limiter~~lutter contre~~ le terrorisme, pour protéger les droits de l'homme et promouvoir la non-prolifération. Il y a actuellement 14 régimes de sanctions différentes au sein des Nations Unies.

10. Les mesures prises varieront en fonction de la nature de la menace et de l'objectif du Conseil et peuvent aller de sanctions économiques et commerciales globales à des mesures plus ciblées telles que les embargos sur les armes, les interdictions de voyager et les restrictions financières ou de produits. Il est maintenant relativement rare que des sanctions générales ou globales soient imposées à tout commerce ciblant un pays ou une région, en raison des impacts involontaires~~répercussions~~ qu'elles peuvent avoir sur les civils ordinaires~~populations civiles~~ qui ne sont aucunement responsables de la situation de ~~ent peu de rapport avec la~~ menace à la paix ~~en question~~. La pratique ~~du~~ Conseil recourt de plus en plus à l'utilisation de sanctions ciblées contre des individus identifiés pour leur implication/capacité d'influencer la situation, ou contre des biens particuliers qui ont un auront un impact souhaité par le Conseil sur la situation. Il convient de noter que les sanctions sont conçues comme des mesures temporaires visant à inciter l'individu à changer son comportement et ~~à~~ se conformer aux décisions du Conseil, plutôt que de le punir. Lorsque des sanctions sont imposées contre des individus, le Conseil accompagnera ces mesures d'un système d'exemptions humanitaires visant à améliorer~~-limiter~~ l'effet des sanctions sur les aspects fondamentaux ~~de~~ de la vie des individus.

2. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et les résolutions du Conseil de sécurité

(a) l'emploi de la force militaire

11. L'emploi de la force militaire en vertu d'une autorisation par led~~u~~ Conseil de sécurité a été le contexte de nombre de cas devant la Cour européenne des droits de l'homme, et dans certains d'entre eux, la question de savoir si la Convention s'applique a donné l'occasion à la Cour d'interpréter ~~initié l'interprétation de la Cour de~~ les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité.

12. La première est la décision de Grande Chambre dans les affaires jointes *Behrami et Saramati*, concernant des réclamations à l'encontre de la France et de la Norvège relatives

à leur participation à la KFOR en 2000-2002.⁴⁴ Il sera rappelé que la KFOR était une opération de l'OTAN mandatée par la résolution 1244(1999) de l'ONU afin de pourvoir une force de présence pour la Mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo (MINUK).

Considérant l'admissibilité de la requête, la Grande Chambre a minutieusement examiné les mandats et structures des forces présences internationales présentes établies par la résolution 1244, avant de conclure que les actes reprochés étaient en fait attribuables à l'ONU plutôt qu'aux Etats défendeurs en tant que tel. Ceci a mené conduit la Grande Chambre vers là à conclure conclusion qu'elle n'avait pas de juridiction rationae personae sur les actes des Etats défendeurs lorsqu'ils agissent au nom des Nations Unies en vertu du Chapitre VII de sa Charte :

La Cour relève tout d'abord que neuf des douze parties signataires à l'origine de la Convention en 1950 (y compris les deux Etats défendeurs) étaient membres de l'ONU depuis 1945, que la grande majorité des Parties contractantes actuelles ont rejoint l'ONU avant d'adhérer à la Convention, et qu'à ce jour toutes les Parties contractantes sont membres de l'ONU. Or l'un des buts de la Convention (figurant dans son Préambule) est d'assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle des Droits de l'Homme proclamée par l'Assemblée générale de l'ONU. Plus généralement, la Cour rappelle, comme elle l'a noté au paragraphe 122 ci-dessus, que la Convention doit s'interpréter à la lumière des règles pertinentes et des principes de droit international applicables aux relations entre ses Parties contractantes. La Cour a donc égard à deux dispositions complémentaires de la Charte de l'ONU, les articles 25 et 103, tels qu'ils ont été interprétés par la Cour internationale de Justice (paragraphe 27 ci-dessus).

Comment [MF61]: Manqué le n° de §

[...]

13. Dans l'affaire différente d'Al Jedda, la Cour a adopté une approche plus restrictive de à l'interprétation d'un mandat conforme ausous Chapitre VII concernant la stabilisation de l'Irak à la suite de l'intervention militaire menée par les Etats-Unis en 2003. L'affaire concerne un détenu interné par les forces du Royaume-Uni pendant la période 2004-2007. La Grande Chambre a rejeté l'argument du Royaume-Uni selon lequel que le requérant ne se trouvait pas sous sa juridiction au sens de l'article 1^{er} de la Convention. Le Royaume-Uni a argumenté soutenait que, suivant conformément à la décision Behrami, puisque dans la mesure où les actes qui lui ont été étaient reprochés ont été effectués en vertu d'un mandat dans reposant sur une résolution du Conseil de sécurité (résolution 1546(2004)) conformément ausous Chapitre VII, ses actions étaient attribuables à l'ONU et ainsi le requérant ne se trouvaien pas sous la juridiction du Royaume-Uni sous le sens de l'Article 1^{er} de la CEDH. Toutefois, cet argument a été rejeté par la Grande chambre qui a considéré que sur la base de l'implication de l'ONU en Irak était, laquelle a été conclue comme étant différente de l'implication de l'ONU au Kosovo. La Grande chambre a dès lors considéré que par la Grande Chambre, cette dernière a rejeté cet argument et a conclu que l'internement était attribuable au Royaume-Uni.

Formatted: Superscript

⁴⁴ L'affaire Behrami concernait la mort d'un enfant et les blessures graves subies par son frère à la suite de leur jeu avec des unités de bombes à fragmentation non explosées (UBX). Les requérants ont allégué que le contingent français de la KFOR avait omis de marquer et / ou de désamorcer les UBX, bien qu'il sache que les UBX étaient présentes sur le site en question. Les requérants ont donc invoqué l'article 2 contre la France pour l'inaction alléguée des troupes françaises. L'affaire Saramati concernait la détention du requérant par la KFOR pour une période d'environ six mois. Il s'est plaint sous les articles 5, 5 et 13 et 6.

14. La Grande Chambre a rejeté par la suite rejeté l'argument de l'Etat défendeur selon lequel, qu'à la lumière du fait quedans la mesure où la détention et l'internement du requérant ont été effectuées en vertu d'un mandat du Conseil de sécurité découlant du Chapitre VII, l'Article 103 de la Charte de l'ONU avait pour conséquence de soustraire opérait de manière à déplacer les obligations due Royaume-Uni de ses obligations de respecter les exigences de en conformité avec l'Article 5 de la CEDH, le Royaume Uni ayant pour seule obligation de respecter les termes en faveur de l'accomplissement du mandat du Conseil de sécurité. En contraste avec son approche dans *Behrami*, la Cour considère ce qui suit :

2. La Cour interprétera la Résolution 1546 en se référant aux considérations exposées au paragraphe 76 ci-dessus. Elle tiendra également compte des buts qui ont présidé à la création des Nations unies.

Au-delà du but consistant à maintenir la paix et la sécurité internationales qu'énonce son premier alinéa, l'article 1 de la Charte dispose en son troisième alinéa que les Nations unies ont été créées pour « [r]éaliser la coopération internationale (...) en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». L'article 24 § 2 de la Charte impose au Conseil de sécurité, dans l'accomplissement de ses devoirs tenant à sa responsabilité principale de maintien de la paix et de la sécurité internationales, d'agir « conformément aux buts et principes des Nations unies ». La Cour en conclut que, lorsque doit être interprétée une résolution du Conseil de sécurité, il faut présumer que celui-ci n'entend pas imposer aux Etats membres une quelconque obligation qui contreviendrait aux principes fondamentaux en matière de sauvegarde des droits de l'homme. En cas d'ambiguïté dans le libellé d'une résolution, la Cour doit dès lors retenir l'interprétation qui cadre le mieux avec les exigences de la Convention et qui permette d'éviter tout conflit d'obligations. Vu l'importance du rôle joué par les Nations unies dans le développement et la défense du respect des droits de l'homme, le Conseil de sécurité est censé employer un langage clair et explicite s'il veut que les Etats prennent des mesures particulières susceptibles d'entrer en conflit avec leurs obligations découlant des règles internationales de protection des droits de l'homme. (soulignement ajouté)

16. Le point de départ de toute discussion de l'interaction des sanctions de l'ONU et la CEDH est l'affaire *Bosphorus*.⁴⁵ Cette affaire a en fait initialement concerné davantage le lien entre le droit de l'Union européenne (par le biais duquel les mesures de sanctions pertinentes de l'ONU ont été transposées et qui constituait ainsi représentatif le socle juridique domestique fondement juridique de la conduite reprochée à l'Etat défendeur) et la Convention, plutôt qu'un examen minutieux de l'interaction entre le droit de l'ONU et la Convention. La conclusion principale de l'arrêt de Grande Chambre est que lorsqu'une organisation internationale impose des sanctions qui nécessitent une mise en œuvre par le biais d'une ou plusieurs parties contractantes à la CEDH, dès lors que si l'organisation en question prévoit une « protection équivalente » des droits fondamentaux à celle de la CEDH,

⁴⁵ *Bosphorus Yolları Turizm c. Ticaret Anonim Sirketi contre Irlande* (2005). L'affaire concernait un avion yougoslave qui avait été loué par une société turque, et était en Irlande pour les réparations, quand, en réponse au conflit dans l'ex-Yougoslavie, le Conseil de sécurité a adopté la résolution 820 (1993) exigeant notamment que les États mettent en fourrière les avions yougoslaves sur leurs territoires. La RCSNU a été transposée dans le droit de l'UE et est ainsi devenue applicable en droit irlandais. Lorsque l'Irlande a saisi l'aéronef, le requérant a plaidé sa cause devant les juridictions irlandaises, puis devant la Cour européenne de justice, qui a confirmé les mesures prises par le gouvernement en application de la résolution sur les sanctions.

Comment [MF62]: Il pourrait être également utile de rappeler que l'arrêt *Al jedda* ne s'appuie pas sur l'article 103 de la Charte des Nations unies dans la mesure où il ne peut y avoir de conflit d'obligation dans les cas où la résolution du CSNU ne fait que donner une autorisation. Cf §109 *Al Jedda* : « En définitive, la Cour considère donc que la Résolution 1546 du Conseil de sécurité, en son paragraphe 10, **autorisait** le Royaume-Uni à prendre des mesures pour contribuer au maintien de la sécurité et de la stabilité en Irak, mais que ni cette résolution ni aucune autre résolution adoptée ultérieurement par le Conseil de sécurité n'imposait expressément ou implicitement au Royaume-Uni d'incarcérer, sans limitation de durée ni inculpation, un individu qui, selon les autorités, constituait un risque pour la sécurité en Irak. En l'absence d'obligation contraignante de recourir à l'internement, il n'y avait aucun conflit entre les obligations imposées au Royaume-Uni par la Charte des Nations unies et celles découlant de l'article 5 § 1 de la Convention. »

alors la partie contractante n'encourra pas de responsabilité sous au regard de la Convention.

17. Toutefois, dans des affaires ultérieures qui, curieusement, impliquaient la mise en œuvre de sanctions plus ciblées, ont exigé conduit la Cour à effectuer un examen plus direct une considération plus directe des résolutions pertinentes du Conseil de sécurité de l'ONU. Dans l'affaire Nada, le requérant est sujet à fait l'objet d' une interdiction de voyager qui lui a été imposée en vertu du régime de sanctions à l'encontre des Talibans et d'Al Qaeda en conformité avec sur le fondement de la résolution 1267(1999) et d'autres résolutions qui ont suivi. ainsi qu'un nombre de résolutions suivantes. La particularité s de cette affaire est sont que le requérant vivait dans une enclave italienne entourée de territoires s suisses et que l'effet des les décisions des autorités suisses prises en application des en vertu des résolutions pertinentes de l'ONU avaient pour effet de de ne pas lui permettre de traverser le territoire suisse et le confinait ainsi dans cette enclave. En tant que tel, il Le requérant invoquait de s'être vunier l'accès aux soins médicaux, contrevenant à ses droits en conformité en violation de avec l'Article 8 et de ne pas avoir bénéficié d'un sans recours dans le droit suisse devant les juridictions suisses, en contradiction avec violation de l'Article 13.

18. La Cour a rejeté une objection exception préliminaire émise par de l'Etat défendeur selon laquelle que l'imposition des sanctions était attribuable aux Nations Unies et qu'ainsi le requérant ne se retrouvait pas sous la « juridiction » de l'Etat défendeur, en se fondant sur le fait que sur la base que la Cour cherchait à limiter ses considérations limitait son examen aux actions des autorités nationales dans la mise en œuvre des sanctions. De manière similaire, en considérant le fond, la Cour s'est concentrée sur les mesures nationales de mise en œuvre nationales de la résolution plutôt que de chercher à résoudre une contradiction apparente entre les exigences des résolutions du Conseil de sécurité et celles de la CEDH. La Cour a commencé par reconnaître que l'interdiction de voyager était expressément exigée en conformité avec par la résolution 1390(2002) du Conseil de sécurité, et qu'ainsi, la présomption énoncée dans Al Jeeda que le Conseil de sécurité aurait uniquement pour l'intention d'agir conformément aux obligations des Etats membres en matière de droits de l'homme a été réfutée. Toutefois, en examinant le caractère proportionné de en considérant si l'ingérence dans avec les droits du requérant décollant détirés de l'Article 8 était proportionnée, la Cour s'est focalisée entièrement sur la mise en œuvre des sanctions par les autorités suisses, constatant qu'elles avaient un degré de latitude une marge de manoeuvre « certes restreinte, mais néanmoins réelle » dans la manière dont cela avait été effectué. La Cour poursuit :

[...]

La difficulté soulevée par certains juges dans une des opinions séparées est de savoir quelle est la véritable « latitude marge de manoeuvre » des Etats dans la mise en œuvre nationale en conformité avec les des résolutions pertinentes du Conseil de sécurité.

19. La Cour a ensuite considéré examiné le grief tiré de la violation de l'exigence de receurs internes en conformité avec l'Article 13 combiné à pris en conjonction avec son constat relatif à l'Article 8 :

[...]

Il peut être observé à ce stade que, à cause du fait que l'inclusion du fait que le nom du requérant figurait sur la liste annexée à l'ordonnance sur les Talibans s reflétait les obligations de la Suisse en vertu de la RCSNU pertinente, ce constat pris au pied de la lettre, semble confrontait l'Etat défendeur à un revenir à un conflit d'obligations pour l'Etat défendeur.

Comment [MF63]: Ce passage pourrait être clarifié

20. Plus récemment, la Cour a considéré-examiné la question de l'interaction entre la CEDH et les sanctions de l'ONU dans *l'affaire Al Dulimi c. Suisse*. L'affaire concernait les sanctions à l'encontre de personnes citées associées à l'ancien au régime précédent en Irakrégime irakien, à la suite du renversement de Saddam Hussein en 2003, qui exigeaient le gel des avoirs des personnes citées et leur transfert au Fonds de développement pour l'Irak. Les juridictions suisses, saisies par les Lorsque les requérants, ont -ont demandé un contrôle judiciaire de leur recensement devant les cours suisses, la Cour fédérale a conclu que bien que certaines questions procédurales liées aux listes et des aux confiscations proposées pourraient être sujettes à un contrôle judiciaire-juridictionnel, la question de fond sous-jacente de savoir si les requérants auraient dû être inclus dans la liste était une question exclusivement destinée au Conseil de sécurité, et parce-biais, en dehors donc relevait pas de la juridiction de la Cour fédérale.

21. Dans un arrêt de 2013, une Chambre (deuxième Section) de la Cour, a trouvé-jugé l'affaire recevable *ratione personae*, malgré-rejetant l'argument de l'Etat défendeur selon lequel que les actes reprochés aux autorités suisses étaient des actes exigés pardéoulant d'une décision obligatoire du Conseil de sécurité qui, du point de vue du droit international, primeant sur les obligations découlant d'autres accords internationaux. La deuxième Chambre a encore une fois souligné qu'elle se concentrerait sur les mesures de mise en œuvre prises par les autorités suisses, qu'elle examinait lesquelles elle cherchait à traiter séparément des résolutions du Conseil de sécurité imposant exigeant que la Suisse adopte ces mesuresces mesures à la Suisse. Avant d'avoir atteint ses décisions sur le fond, A titre préalable, la majorité-Cour a examiné si la procédure de radiation des listes du Conseil de sécurité de l'ONU offrait une « protection équivalente » aux protectionsà celle de la Convention, concluant que ce n'était pas le cas. Ensuite, sur le fond, la majorité-Cour a constaté que jusqu'à ce qu'il y ait une procédure de contrôle judiciaire-juridictionnel disponible à l'échelle de l'ONU, il était essentiel que des personnes listées devraient êtrecapables de demander un contrôle judiciaire-juridictionnel des mesures prises en vertu du régime de sanctions. L'indisponibilité de contrôle judiciaire des mesuresd'un tel contrôle en Suisse ent-constitue eu pour conséquence une ingérence disproportionnée avec dans le droit des requérants d'accéder à un tribunal conformément à l'Article 6, entraînant ainsi une violation de la Convention. Il pourrait être ajoutéOn peut préciser que cet arrêt a donné lieu qu'il y eut de fâ des ertes opinions dissidentes et partiellement dissidentes.

22. Statuant à la suite de la demande de renvoi du Gouvernement suisse. Ultérieurement, en 2016 la Grande Chambre a eu peu de difficultés à s'accorder avec la Chambre sur la question de l'admissibilité *ratione personae*. Sur le fond, la Grande Chambre a certainement cherché à énoncer le socle juridique international des mesures de sanctions et acceptait que l'Article 103 de la Charte est un des « éléments de base du système juridique international actuel ». Toutefois, la Cour a ensuite examiné considéré s'il y avait en fait un conflit entre la Convention et les exigences de la résolution pertinente du Conseil de sécurité. Le point de départ du raisonnement présenté par la Cour était de revenir à la présomption, énoncée dans *Al jedda*, selon laquelle que le Conseil de sécurité n'aie pas l'intention d'agir contrairementagit en conformité avec les -aux droits de l'homme initialement énoncés dans *Al-Jedda*:

[...]

23. La Cour a noté-relevé la gravité des conséquences de ces sanctions pour les personnes listées et l'importance de la Convention pour le maintien de l'état de droit et en particulier l'interdiction de mesures arbitraires. La Cour conclut sur ces points :

146. Il ne saurait en aller autrement s'agissant, pour la mise en œuvre d'une résolution du Conseil de sécurité, de l'inscription des personnes soumises aux mesures contestées sur des listes établies tant au niveau des Nations unies qu'au

Comment [MF64]: Il faudrait reformuler. Car peu compréhensible sur le fond, On ne peut deviner ce que pense la GC qui ne se prononce justement pas sur l'article 103

niveau national. Dès lors, vu la gravité de l'enjeu pour les droits de ces personnes garantis par la Convention, lorsqu'une résolution comme celle en cause en l'espèce, à savoir la résolution 1483, ne contient pas de formule claire et explicite excluant la possibilité d'un contrôle judiciaire des mesures prises pour son exécution, elle doit toujours être comprise comme autorisant les juridictions de l'État défendeur à effectuer un contrôle suffisant pour permettre d'éviter l'arbitraire. En limitant ce contrôle à l'arbitraire, la Cour tient compte de la nature et du but des mesures prévues par la résolution en question, afin de maintenir le juste équilibre entre la nécessité de veiller au respect des droits de l'homme et les impératifs de la protection de la paix et la sécurité internationales.

147. En pareil cas, dans l'hypothèse d'une contestation de la décision d'inscription ou du refus de radiation de la liste, les juridictions nationales doivent pouvoir obtenir, le cas échéant selon les modalités adaptées au degré de confidentialité à respecter en fonction des circonstances, des éléments suffisamment précis pour exercer le contrôle qui leur incombe en présence d'une allégation étayée et défendable formulée par des personnes inscrites sur les listes litigieuses et selon laquelle cette inscription est entachée d'arbitraire. À ce titre, l'impossibilité d'accéder à de telles informations est susceptible de constituer un solide indice du caractère arbitraire de la mesure litigieuse et cela d'autant plus si celle-ci se prolonge dans le temps, faisant durablement obstacle à tout contrôle judiciaire. Aussi l'État partie dont les autorités donneraient suite à l'inscription d'une personne – physique ou morale – sur une liste de sanctions sans s'être au préalable assuré – ou avoir pu s'assurer – de l'absence d'arbitraire dans cette inscription, engagerait sa responsabilité sur le terrain de l'article 6 de la Convention. ...

151. Au contraire, les requérants auraient dû disposer au moins d'une possibilité réelle de présenter et de faire examiner au fond, par un tribunal, des éléments de preuve adéquats pour tenter de démontrer que leur inscription sur les listes litigieuses était entachée d'arbitraire. Or, tel n'a pas été le cas en l'espèce. Le fait que, à la différence de l'affaire Nada (idem, § 187), les requérants dans la présente affaire n'ont soumis – ni devant le Tribunal fédéral suisse, ni devant la Cour elle-même –, aucun argument précis tendant à démontrer qu'ils n'auraient pas dû figurer sur la liste établie par le comité des sanctions ne change rien à cette analyse, dès lors que ce ne sont pas ces carences qu'ont retenues les autorités suisses pour ne pas examiner le recours des requérants. Par conséquent, le droit des requérants d'accéder à un tribunal a été atteint dans sa substance même.

3. Défis et solutions possibles

24. L'étude des décisions de la Cour ci-dessus démontre que l'interaction entre la Convention et les décisions contraignantes du Conseil de sécurité de l'ONU soulève des questions complexes auxquelles la Cour a adopté une variété d'approches différentes. On peut également noter que dans un nombre certaines d'affaires, des Juges ont eux-mêmes joint des opinions individuelles et divergentes, souvent exprimées de manière plutôt tranchées. En conséquence, la jurisprudence sur ces sujets est en cours de développement, et suggère que la Cour dans son ensemble doit encore s'accorder sur une théorie ou un raisonnement juridique pleinement satisfaisant pour ces interactions.

Comment [MF65]: il faudrait ajouter un § qui analyse davantage cette décision importante en insistant sur l'harmonisation systémique et le fait que les opinions séparées, nombreuses, regrettent que la Cour n'ait pas tranché la question du conflit d'obligation et de la primauté de l'article 103

Comment [MF66]: à relativiser car cela laisse entendre que la jp de la Cour n'est pas cohérente

Comment [MF67]: nuancer là encore

25. Dans certains cas, notamment par exemple dans la citation de l'affaire Behrami ci-dessus, la Cour fournit une appréciation minutieuse procède à un examen détaillé des tenants et aboutissants juridiques et du contexte des travaux du Conseil de sécurité en décharge de sa responsabilité principale pour le maintien de la sécurité et de la paix internationales. Alors qu'outre un récit des la citation des dispositions prévisions pertinentes de la Charte de l'ONU, ce type d'examen e compréhension globale du Conseil

Comment [MF68]: je ne comprends pas cette phrase

de sécurité est moins apparent dans une grande partie de la jurisprudence ultérieure. Ceci peut s'expliquer en partie par le fait que dans ces affaires, la Cour a cherché à s'est concentréer son enquête sur l'examen des décisions nationales de à l'échelle nationale dans la mise en œuvre des décisions du Conseil de sécurité plutôt que de se pencher sur les décisions du Conseil de sécurité en tant que tel. Toutefois, du point de vue des Etats, une telle séparation entre les mesures nationales de mise en œuvre et leur fondement juridique que constituent les résolutions de l'action nationale des obligations dans lesquelles elles sont basées en conformité avec les résolutions du Conseil de sécurité se trouve au cœur du problème et risque de mener vers une divergence d'obligations juridiques.

Comment [MF69]: idem, cela pourrait être clarifié

26. Pour citer un des auteurs principaux sur le thème de l'interprétation des résolutions du Conseil de sécurité :

« Deux thèmes centraux sont, premièrement, le besoin, en interprétant les résolutions du Conseil de sécurité, de prêter attention au d'avoir un regard en particulier sur le contexte, tant autant le contexte politique dans son ensemble que celui relatif à l'action du Conseil, et deuxièmement, le besoin de comprendre le rôle du Conseil conformément à la Charte des Nations Unies, ainsi que les méthodes de travail et la manière dont les résolutions du Conseil de sécurité sont rédigées. »⁴⁶

Comment [MF70]: conflit?

Du point de vue des Etats, le rôle du Conseil de sécurité est essentiel pour le maintien de la paix et la sécurité internationales au niveau mondial et il a été doté des pouvoirs extraordinaires à cette fin. L'autorité du Conseil et l'accord des Etats de donner suite à ses décisions sont des piliers essentiels de tout le système de sécurité collective au sein des Nations Unies. C'est notamment le cas dans la mesure où, en dépit de l'ingéniosité dont le Conseil a fait preuve de temps en temps dans l'utilisation de ses pouvoirs, la gamme d'outils pour obtenir des mesures internationales de maintien de la paix demeure relativement limitée et son efficacité repose entièrement sur la coopération active des Etats. Il est clair qu'une proposition au terme de laquelle les autorités nationales devraient pouvoir assujettir le respect de mesures obligatoires qui leur sont indiquées par le Conseil de sécurité à des considérations de droit international ou même régional a des implications quant à la capacité du Conseil de sécurité d'assurer efficacement ses responsabilités de maintien de la paix de la sécurité internationales.

27. Il est bien connu que la solution de la Charte de l'ONU à tout conflit entre des obligations en conformité avec découlant de la Charte et des obligations découlant d'autres accords internationaux est que les obligations en conformité avec découlant de la Charte l'emportent en vertu de l'Article 103. Tel qu'il est également bien connu, l'Article 103 occupe une position particulière en droit international, tel que reconnu dans l'Article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Il est par ailleurs établi dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice que les décisions contraignantes du Conseil de sécurité sont des obligations découlant de la Charte à ces fins.⁴⁷

⁴⁶ M Wood, "The Interpretation of Security Council Resolutions" Max Planck Yearbook of UN Law (1998) vol 2, pp. 73-95, at p.74

⁴⁷ Voir affaire de Lockerbie, Ordonnance de mesures conservatoires (1992) CIJ, Rep 4 à la p 15:
« ...39. Considérant que la Libye et le Royaume-Uni, en tant que Membres de l'organisation des Nations Unies, sont dans l'obligation d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à l'article 25 de la Charte; que la Cour, qui, à ce stade de la procédure, en est à l'examen d'une demande en indication de mesures conservatoires, estime que prima facie cette obligation s'étend à la décision contenue dans la résolution 748 (1992); et que, conformément à l'article 103 de la Charte, les obligations des Parties à cet

28. Dans une partie de sa jurisprudence, plutôt que d'appliquer l'Article 103 pour donner primauté aux obligations en conformité avec une résolution de l'ONU, la Cour EDH cherche à éviter de faire le constat de l'existence d'un d'accepter qu'un conflit ait eu lieu entre un droit conventionnel et une obligation en vertu découlant de la Charte de l'ONU. La Cour a adopté à cet égard la présomption que les résolutions du Conseil de sécurité devraient être interprétées de manière à éviter de trouver toute incompatibilité avec les droits de l'homme souscrite la Convention. Si le but à proprement parler de l'interprète est de refléter les intentions du Conseil, la base sur laquelle repose cette présomption n'est pas claire. Si, tel que la jurisprudence de la Cour paraît le suggérer, son effet l'effet d'une telle présomption est que la conformité avec laquelle les Etats appliquent le respect par les Etats d'une t une résolution du Conseil de sécurité est par ce biais conditionnée au respect du droit conventionnel, même lorsque cela affecte la capacité des Etats à se plier à une exigence claire d'une résolution du Conseil de sécurité, alors cela va nuire au gré à la capacité du Conseil de sécurité dans sa prise de prendre des mesures efficaces pour maintenir la paix et la sécurité. Un tel point de vue ne prend pas suffisamment en compte le contexte dans lequel le Conseil de sécurité adopte des mesures en conformité avec le Chapitre VII, qui par définition sont des situations soit de menace à la paix et la sécurité internationales, soit une rupture de la paix ou un acte d'agression. Nul besoin de préciser que des situations de ce type ayant lieu à l'échelle nationale sont en mesure de permettre à un Etat de déroger à beaucoup d'obligations ordinaires en matière de droits de l'homme.

Comment [MF71]: Je ne comprends pas cette phrase et le ton du § paraît trop critique

29. Les mêmes considérations en matière relatives à l'effectivité du Conseil de sécurité sont également pertinentes en considérant l'applicabilité de l'Article 103 aux décisions du Conseil autorisant l'utilisation de l'emploi de la force. Tel que la Cour l'a reconnu dans la décision *Behrami* (voir ci-dessus), en l'absence d'accords pris en conformité avec l'Article 43 de la Charte autorisant le Conseil de sécurité à prendre lui-même des mesures d'exécution, la pratique consistant à autoriser le recours à la force est devenue le seul moyen, en pratique, pour le Conseil de prendre des mesures utilisant de la force pour s'acquitter de sa responsabilité de maintenir la paix et la sécurité internationales. Interpréter le terme « obligation » dans l'Article 103 de manière trop restrictive revient à afin de nier la primauté d'une autorisation d'une action coercitive par les Etats en conformité avec sur le fondement du Chapitre VII simplement parce qu'il il n'y a pas d'obligation impérative sur les des Etats à participer à une telle action, risque d'amoindrir la capacité du Conseil de sécurité à exercer sa responsabilité en conformité avec la Charte.⁴⁸ Evidemment Bien entendu, donner la primauté à une autorisation ne signifie pas que l'utilisation de l'emploi de la force se voit débarrassée de toutes contraintes juridiques, lesquelles découlent typiquement du mandat de donnant l'autorisation, du cadre du droit international humanitaire et d'autres règles du droit international qui peuvent être appliquées en cohérence avec la réalisation effective de l'autorisation. L'interaction de la Convention avec le droit international humanitaire est examinée dans la section suivante du présent rapport.

Comment [MF72]: Je ce comprends pas cette phrase

30. En lien avec agissant des les sanctions de l'ONU, la Cour a cherché à souligner que ses arrêts s'adressent aux concernant les actions des Etats membres qui mettent en œuvre des décisions du Conseil de Sécurité plutôt que les décisions du Conseil de Sécurité en tant que tel. A cet égard, un parallèle peut-être fait avec l'approche de la CJUE dans des affaires telles que *Kadi*, qui cherche à se concentrer sur les mesures de l'UE prises afin de mettre en œuvre les sanctions pertinentes de l'ONU et que la Cour a dûment citées. La difficulté qu'une telle approche implique pour les Etats est qu'en ce qui concerne les

Comment [MF73]: Il faudrait simplifier la phrase peu compréhensible

Comment [MF74]: Expliciter pour les non experts

Comment [MF75]: Cité dans quoi

Comment [MF76]: Par definition dans l'affaire Kadi le Règlement de l'UE, qui est un ordre juridique distinct et autonome, fait écran et empêche un examen par la CJUE. Il paraîtrait opportun de davantage distinguer la situation des pays membres de l'UE et les autres

égard prévalent sur leurs obligations en vertu de tout autre accord international, y compris la convention de Montréal; »

⁴⁸ Voir par exemple Frowein et Krisch ... également Lord Bingham dans l'affaire Al Jedda dans la Chambre des lords

sanctions, les obligations de geler des avoirs ou d'interdire des voyages sont des obligations de résultat imposées par le Conseil de Sécurité. Il est probable que la latitude laissée aux Etats par les décisions du Conseil de sécurité en la matière soit extrêmement limitée, ne fût-ce qu'en raison de la préoccupation du Conseil de garantir la cohérence et l'effectivité dans l'application de ces sanctions. Ceci est reconnu par un certain nombre de juges émettant des opinions séparées ou dissidentes.⁴⁹

31. L'existence d'un contrôle juridictionnel Un examen juridique national de certaines procédures ou d'exigences formelles, liées par exemple à l'identité des personnes listées ou la propriété d'avoirs pertinentsdes avoirs concernés peut être cohérent compatible avec l'exécution d'une décision du Conseil. Alors Tandis que l'étendue de chaque examen juridique sur le fondl'étendue du contrôle juridictionnel portant sur la composition de la liste exigée par annexée à une décision du Conseil sera probablement beaucoup plus limitée. Cela peut dépendre de la nature des mesures de réparation qui peuvent être exigées. Si par exemple le contrôle juridictionnel en un examen judiciaire constate aboutit au constat de certains manquements dans l'établissement le fondement d'une liste, il se peut qu'une remède réparation adéquate – si cela est permis dans le système juridique national – soit que les de mandater les autorités nationales cherchent à d'envisage demander + la radiation du nom de la liste par le Conseil de sécurité. Toutefois, dans ce cas, un ordre de radiation donné par une cour nationale ou régionale d'une personne listée à la suite d'une décision du Conseil de sécurité serait incohérente incompatible avec l'Article 25 et 103 de la Charte de l'ONU.

Comment [MF77]: Ce constat n'est pas partagé par le Gouvernement français

32. Il est important de garder à l'esprit que le Conseil de sécurité est le mieux placé afin de garantir que ses décisions soient fondées et que des processus appropriés de listage et de radiation soient mis en place. Bien que parvenir à un accord au niveau international soit complexe, dans ces dernières années, des évolutions significatives ont eu lieu à cet égard. Les États membres du Conseil, et notamment ceux qui sont membres de l'UE et parties à la CEDH, sont beaucoup plus strictes pour assurer qu'il y ait une base de preuve adéquate pour justifier les inscriptions. Les procédures de radiation ont également été améliorées avec la désignation d'un point focal auprès duquel des individus peuvent effectuer des demandes de radiation, et dans le cas de sanctions contre l'EI (Daesh) et Al Qaeda, la désignation d'un médiateur indépendant et impartial. Bien qu'il soit possible d'apporter d'améliorations supplémentaires, elles seront probablement progressives car elles dépendent d'un accord au sein du Conseil de sécurité.

Comment [MF78]: Une des questions principales est celle de l'étendue du contrôle de l'arbitraire que doivent opérer les autorités nationales. Il serait utile que la Grande chambre soit amenée à clarifier sa position dans la mesure où, en l'état de la jurisprudence *Al Dulimi*, on peut s'interroger sur les nouvelles mesures que devraient mettre en place les autorités suisses pour exécuter cet arrêt, tout en respectant leurs obligations au regard des Nations Unies. De manière générale, on peut se demander si les incertitudes quant à l'étendue d'un tel contrôle n'induit pas un risque de divergences dans la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies en fonction des critères retenus par chaque Etats parties, ce qui serait de nature à fragiliser grandement le système des sanctions des Nations Unies.

Thème 1, sous-thème iv)

1. Introduction

[...]

Le droit international humanitaire ou le droit des conflits armés régira les activités des personnes engagées dans un conflit armé. En tant que tel, il s'agit d'un corpus de droit

⁴⁹ Dans l'affaire *Nada*, voir les opinions concordantes des juges Bratza, Nicolau et Yudkivska et du juge Malinverni. Dans l'arrêt de la Chambre d'*Al Dulimi*, le juge Lorenzen, joint par les juges Raimondi et Jociene, a abondamment insisté sur ce point et à la Grande Chambre par le juge Nussberger ainsi que les juges Ziemele et Keller.

spécialisé destiné à être appliqué dans des situations où les processus habituels d'ordre social sont en panne ou sont menacés. Il a ses propres caractéristiques spécifiques, mais son objectif principal est de veiller à ce que les considérations d'humanité continuent d'être mises en balance avec les exigences de la nécessité militaire dans les situations de conflit.

Le contenu du DIH différencie dans une certaine mesure: (a) les situations de conflit armé international (CAI) (conflit entre deux États ou plus), or in national liberation wars as defined in the Article 1 of the Additional Protocol 1; (b) les situations de conflit armé non-international (CANI) (conflit entre un ou plusieurs États, d'une part, et un ou plusieurs groupes armés non-étatiques, d'autre part, ou conflit entre deux ou plusieurs groupes armés non-étatiques) ; et (c) les situations d'occupation belligérante (c'est-à-dire lorsque les forces armées d'un État occupent un territoire appartenant à un autre État).

En ce qui concerne le droit des conflits armés internationaux, de nombreuses règles fondamentales du droit international sont désormais codifiées dans les quatre Conventions de Genève de 1949 et dans le Protocole additionnel 1 de 1977, qui ont été largement reprises par les États. En outre, il existe un grand nombre d'autres traités qui constituent le corpus du DIH et peuvent s'appliquer dans une situation donnée, et le droit international coutumier est toujours une source importante de la loi applicable à la CAI. Les dispositions de la Troisième Convention de Genève sur les prisonniers de guerre, de la Quatrième Convention de Genève sur la protection des civils (y compris dans les situations d'occupation belligérante) et du Protocole I qui développent le droit sur ces deux sujets sont particulièrement intéressantes à ce sujet.

En revanche, en ce qui concerne les conflits armés non-internationaux, une grande partie du droit reste non codifiée, bien qu'il existe des dispositions importantes en droit conventionnel, notamment l'article 3 commun aux Conventions de Genève et le Protocole II de 1977. Il est donc souvent nécessaire de se tourner vers le droit international coutumier pour déterminer le contenu du droit dans une situation de conflit armé non-international. Le droit est fondé sur les mêmes principes fondamentaux de nécessité, d'humanité, de précaution et de proportionnalité que ceux qui sous-tendent la loi sur la CAI, mais il est en particulier adapté pour être appliquée aux conflits impliquant des groupes armés non-étatiques. Ces dernières années ont vu beaucoup de pratique dans le développement et l'application du droit international coutumier aux situations de CANI a connu un important développement.

Sur ce dernier point, le développement du droit pénal international au cours des deux dernières décennies a été particulièrement important, suite à la création d'un certain nombre de cours et tribunaux pénaux internationaux, notamment la négociation du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Ces cours et tribunaux ont produit une vaste jurisprudence relative à la poursuite des violations du DIH pouvant entraîner une responsabilité pénale individuelle. Dans ce contexte, il y a eu une tendance observable on a pu observer, et ce qui peut-être compréhensible, à l'application, dans le contexte du CANI, des standards développés dans le cadre du CAI dans le contexte du CANI.

Comme indiqué ci-dessus précédemment, le DIH s'est développé comme un corpus de normes juridiques applicables au contexte très particulier du conflit, pour assurer le respect des normes de base de l'humanité, souvent dans un contexte où les principes structurants de la société sont brisés ou menacés délibérément par la violence organisée. Compte tenu de cet objectif et du fait que le DIH et le droit international des droits de l'homme se sont développés dans la période suivante la Deuxième Guerre mondiale en réaction aux horreurs survenues pendant cette la période immédiatement précédente, il est à noter que les deux corpus de droit se sont longtemps développés en parallèle mais en grande partie séparément.

[...]

Comment [MF79]: L'expression processus habituel d'ordre social est peu claire
Remplacer sont en panne : ne fonctionnent plus ou ne remplissent plus leur fonction

L'utilisation du terme *lex specialis* dans les deux Avis consultatifs peut suggérer le remplacement d'une obligation générale par une obligation plus spécifique, conformément à la maxime *lex specialis derogat legi generali*. Cependant, dans sa décision subséquente dans l'affaire *RDC c. Ouganda*, la CIJ a rappelé cite la description ci-dessus de la relation entre les deux corps de droit provenant de l'Avis consultatif sur le mur, mais sans la dernière phrase renvoyant au principe de la *lex specialis*. La CIJ a ensuite conclu que les activités des forces ougandaises lors de l'occupation du territoire de la RDC ont enfreint et les obligations du droit international humanitaire et celles du droit des droits de l'homme qui incombait à la fois à Ouganda et à la RDC (y compris l'article 6 et 7 du PIDCP et l'article 4 et 5 de la Charte africaine). Dans ce contexte, la CIJ semble donc avoir conclu que les deux corpus de droit pouvaient s'appliquer à la même situation bien que ses déclarations sur l'interaction entre elles ces deux corpus de droit restent largement énoncées.

Dans la mesure où les deux corpus de droit peuvent se chevaucher, les questions clés sont susceptibles d'inclure celles de savoir:

- comment le droit à la vie visé à l'article 2 s'applique dans la conduite des hostilités (y compris, par exemple, son interaction avec la loi sur le ciblage);
- comment l'article 5 s'applique à la détention de prisonniers de guerre ou à l'internement;
- comment l'article 1 du Protocole 1 s'applique aux personnes déplacées de leurs biens par un conflit;
- jusqu'où une Partie contractante à la CEDH qui est en occupation belligérante de territoire doit appliquer la CEDH à des personnes se trouvant sur ce territoire.

Comment [MF80]: Phrase pas très comprehensible que ce soit en français ou en anglais

2. Constat : aApproche de la Cour européenne des droits de l'homme concernant des situations de conflit armé

Comment [MF81]: N'est ce pas trop restrictif? Ne veux on pas dire: qui est dans une situation de conflit armé?

Bien qu'il y ait eu un nombre considérable de requêtes devant la Cour de Strasbourg résultant concernant des situations de conflit, il y a en fait relativement peu de cas où la Cour a dû examiner l'application du DIH et sa relation avec la CEDH. Deux facteurs peuvent être déduits pour expliquer ceci. Premièrement, il peut y avoir une réticence de la part des États à caractériser, en particulier, une situation de perturbation interne en tant que conflit armé non-international. En conséquence, un État peut ne pas chercher à défendre ses actions devant la Cour de Strasbourg par le biais du DIH, mais peut plutôt chercher à se prévaloir du droit d'user de moyens de la force pour faire respecter la loi et l'ordre. En second lieu, selon certains auteurs et membres de la Cour, l'approche de la Cour à l'égard de ces questions a évolué ces dernières années vers une attitude plus ouverte vis-à-vis du DIH. Un certain nombre d'étapes de cette évolution ont été identifiées.

Comment [MF82]: Lesquels?

(a) Affaires dans lesquelles l'action militaire est traitée sans référence au DIH

Au point de départ de cette évolution, les auteurs ont identifié une réticence initiale de la part de la Cour à prendre en considération les dispositions du DIH. On cite souvent à cet égard des affaires impliquant la réponse de l'armée turque à des troubles dans le sud-est de la Turquie causés par des groupes kurdes. En réponse à cette situation, le gouvernement turc a cherché à déroger à certaines de ses obligations au titre de l'article 15 mais n'a pas cherché à se défendre dans les requêtes devant la Cour par référence au DIH. Ainsi, et sans grande surprise, la Cour a pu trancher les différentes requêtes par référence à la seule CEDH seule et sans référence au DIH. De même, dans l'affaire *Isayeva c. Russie* (concernant les décès et blessures des PDI causés par la réponse militaire à la violence séparatiste tchétchène autour de Grozny), la Cour a statué sur la base de la seule CEDH,

Comment [MF83]: Citer en note de bas de page les affaires turques

malgré les allégations des requérants selon lesquelles l'action militaire contrevenait au DIH, et le fait que la Cour elle-même a qualifié la situation comme étant une situation de conflit.

[...]

(c) Affaires relatives à la responsabilité pénale en vertu du DIH (application indirecte du DIH ?)

À plusieurs reprises, la Cour a été appelée à examiner les questions du DIH dans le contexte de contestation des procédures pénales relatives à des allégations historiques de crimes de guerre et / ou de crimes contre l'humanité, et en particulier de la compatibilité de ces procédures avec l'article 7 de la Convention. Ces affaires soulèvent toutes des questions de fait et de droit complexes, et certaines portent sur la façon dont les crimes internationaux ont été perçus et poursuivis dans le système juridique national pertinent. Il est difficile d'en tirer des conclusions plus générales sur la relation entre le DIH et la CEDH.

Comment [MF84]: Citer les affaires en note de bas de page

(d) Affaires qui examinent le DIH mais l'excluent

Dans l'affaire *Sargsyan c. Azerbaïdjan* (concernant une plainte d'une PDI prétendant que son incapacité de rentrer chez lui dans un village (Golestan) en première ligne du conflit du Nagorno-Karabakh constituait une ingérence dans son droit de propriété (Art 1 Protocol 1) et son domicile (Art 8))

La Cour a examiné s'il y avait un appui dans le si le DIH pouvait servir de fondement légal au pour le refus opposé par le Gouvernement de la laisser le requérant accéder à son domicile dans le passage suivant:

[...]

La Cour a ensuite conclu que, alors que le domicile du requérant se trouvait dans une zone d'activité militaire, le Gouvernement défendeur n'avait pas fait suffisamment d'efforts pour mettre en place fait suffisamment pour prendre des mesures alternatives afin de rétablir ses droits de propriété ou afin de lui fournir une compensation pour sa perte.

(e) Affaires dans lesquelles le DIH a été directement appliqué par la Cour

[...]

La Cour a donc dû faire face à la difficulté reposant sur le lié au fait que les bases juridiques de la motifs limitatifs de détention énoncées à l'article 5 (1) CEDH ne prévoient pas certains pouvoirs de détention qui sont autorisés par les troisième et quatrième Conventions de Genève (notamment à l'égard des prisonniers de guerre et des pouvoirs d'internement nécessaires pour des raisons de sécurité). La Cour a noté que c'était la première fois qu'un Etat lui demandait d'écartier l'article 5 ou de l'interpréter à la lumière des pouvoirs de détention autorisés par le DIH. La Cour a choisi de chercher un «compromis» entre ces deux dispositions juridiques apparemment contradictoires en adoptant une approche interprétative fondée sur les règles d'interprétation de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. En particulier, le paragraphe 3 qui permet que, aux fins de l'interprétation, il soit tenu compte de:

- tout accord ultérieur entre les parties concernant l'interprétation du traité ou l'application de ses dispositions;
- toute pratique ultérieure dans l'application du traité qui établit l'accord des parties concernant son interprétation;
- les règles pertinentes du droit international applicables dans les relations entre les parties.

La Cour a conclu qu'il n'y avait pas d'accord ultérieur aux fins de l'alinéa (a). En ce qui concerne l'alinéa (b), la Cour a examiné la pratique des Parties à la CEDH et a constaté que leur pratique constante consistait à ne pas utiliser le mécanisme de dérogation prévu à l'article 15 pour modifier leurs obligations conventionnelles lorsqu'ils entreprenaient une activité militaire extraterritoriale dans un conflit armé international armé. En ce qui concerne l'alinéa (c), la Cour a souligné sa jurisprudence antérieure exigeant une interprétation de la Convention «en harmonie avec» d'autres règles du droit international, qui s'appliquait également au DIH (affaire *Varnava c. Turquie* précitée).

[...]

3. Défis et solutions possibles

Le souci a desirabilité d'établir clairement la loi applicable est évidemment une constante dans toutes les situations, mais elle revêt une importance évidente et particulière dans les situations de conflit armé. Cela vient souligner la nécessité d'une réconciliation entre les différents corpus de droit dans la mesure où ils sont tous deux applicables.

Toute réconciliation doit tenir compte de ce qu'est un conflit par nature. Ce sont des situations dans lesquelles les coûts de l'action et de l'inaction peuvent avoir des conséquences profondes sur la vie des personnes touchées (combattants et non-combattants); et où les décisions peuvent devoir être prises très rapidement et parfois sur la base d'informations limitées, parfois au niveau individuels par les des soldats individuels, dans le contexte de violences en cours, qu'elles soient réelles ou qu'il s'agisse de des menaces. En ce sens, le DIH est indéniablement une *lex specialis* qui a été conçu spécifiquement pour être appliqué dans des situations de conflit afin de respecter ses principes fondamentaux sous-jacents.

L'arrêt Le jugement majoritaire dans Hassan offre suggere une approche possible de la réconciliation des deux corpus de droit, dans le contexte de la détention des prisonniers de guerre et de l'internement des individus constituant une menace pour la sécurité dans le cadre d'un conflit armé international. Les dispositions du DIH à cet égard sont claires et bien établies, ce qui permet à la Cour de conclure qu'elles sont conciliables avec l'objectif fondamental de l'article 5 (1) de protéger l'individu contre la détention arbitraire. On peut imaginer qu'il existe d'autres domaines du DIH dans lesquels les règles sont également clairement établies où une solution similaire peut être possible.

Comment [MF85]: Lesquels?

L'adoption d'une solution similaire en ce qui concerne les CANI peut être envisageable mais elle soulève des questions complexes, possible a certains egards, mais il peut y avoir des complexites supplementaires. Une première difficulté premier ensemble de complexites proviennent des circonstances très différentes dans lesquelles des CANI peuvent survenir. Il peut y avoir des questions préliminaires sur l'existence de CANI, par exemple les États peuvent être réticents à caractériser une situation sur leur propre territoire comme un CANI. Il peut y avoir d'autres situations où les forces d'un État aident un autre État à poursuivre un CANI lorsque l'application même de la CEDH peut être contestable, par exemple lorsque l'aide est limitée et que l'État territorial n'est pas lui-même Partie contractante à la CEDH. Il peut y avoir encore d'autres circonstances où il existe une coalition internationale qui entreprend une action militaire contre un acteur non-étatique sur le territoire d'un État qui n'a pas consenti à une telle action militaire, e veut ou ne peut pas agir contre l'acteur non-étatique.

Comment [MF86]: Ce paragraphe pourrait être clarifié car le point important est de savoir s'il y a ou non application extraterritoriale de la convention

Une autre complexité difficulté peut resulter résulte de la détermination du contenu des règles relatives au CANI, qui sont encore largement dérivées du droit international coutumier. Cependant, ce qui est essentiel, que la CEDH soit applicable ou non, c'est que

les États définissent clairement le cadre juridique dans lequel ils opèrent et qu'ils adoptent des normes et des processus clairs sur des questions cruciales telles que le ciblage et la détention, qui respectent les principes fondamentaux. Toute interprétation «accommodante» ou «harmonieuse des obligations relevant du DIH et des droits de l'homme l'exigera suppose l'existence d'un socle minimal de droits en tant que socle minimum.

Comment [MF87]: Peu clair

Il peut être déduit de l'arrêt Hassan qu'une ~~Il a été suggéré qu'une~~ solution alternative à la question de la détermination des conflits entre (au moins certaines) des dispositions des deux corpus de droit consiste à ce qu'un État déroge à la CEDH conformément à l'article 15. L'opinion séparée indique pour sa part Pour la minorité dans Hassan, que c'est même la seule solution possible sur le terrain de la Convention. Il est également à noter que, dans son Observation générale 35, le Comité des droits de l'homme semble accepter la possibilité pour les États de déroger au droit à la liberté dans les situations de conflit, y compris les situations de conflit en dehors de leur propre territoire dans lesquelles ils sont impliqués (voir § 65).

Comment [MF88]: Citer en note de bas de page

Cependant, comme le relève l'arrêt Hassan, il résulte de la pratique que Comme la majorité dans l'affaire Hassan a noté que les États n e font pas usage de l'article 15 dans les situations de conflit armé. Aussi, n'y ont pas dérogé en rapport aux situations de CAI dans lesquelles ils se sont impliqués, et compte tenu de l'appreche majoritaire dans cet arrêt, la nécessité de déroger devrait être pesée avec soin. Cependant, il est concevable qu'il puisse y avoir des cas où une dérogation peut fournir une voie appropriée en rapport à dans une situation de conflit extraterritorial. Des questions peuvent se poser quant à l'applicabilité de l'article 15, mais dans la mesure où la Convention est applicable de manière extraterritoriale, il semblerait logique que l'article 15 soit également applicable dans une telle situation. Toute dérogation réelle nécessiterait de toute façon une justification, mais il semblerait que les termes de l'article 15 devraient être interprétés de manière suffisamment large pour permettre une dérogation de principe lorsqu'un État agit de manière extraterritoriale.

Comment [MF89]: Ne devrait on pas soulever la question suivante: la Cour, en cas d'invocation de l'article 15, vérifierait également que la situation de CAI ou CANI justifie le recours à l'article 15 et vérifiera ainsi si la situation constitue une menace pour la vie de la Nation

Une autre série de questions pourrait alors se poser quant à l'étendue des dérogations possibles, notamment en ce qui concerne l'application extraterritoriale. Tout d'abord, il peut être difficile de déterminer quelles sont les obligations sous la CEDH conventionnelles applicables, découlant de la notion de «division et d'adaptation» des droits de la Convention dans des situations d'application extraterritoriale. Même lorsqu'une dérogation est admise au regard de l'article 15, l'étendue des dérogations n'est pas très claire, il n'est pas clair dans quelle mesure des dérogations peuvent être autorisées. Ainsi, par exemple, une dérogation à l'article 2 est autorisée pour les décès résultant d'actes de guerre légaux, mais, bien sûr, la jurisprudence de la Cour a élargi le champ d'application de l'article 2 à un certain nombre d'obligations positives, et il n'est pas forcément clair à quel point celles-ci s'appliqueraient dans des situations de conflit.

Comment [MF90]: Clarifier ce passage car l'article 15§2 traite spécifiquement des décès résultant d'actes de guerre légaux qui ne sont pas en violation de l'article 2. Pour le reste l'article 2 est indérogeable

GEORGIA / GÉORGIE

Theme 1, subtheme ii)

Comments of the Government of Georgia on the Revised Draft

The Government of Georgia appreciates the efforts made by co-rapporteurs to reflect the concerns and proposals of various States, however it is obvious that not all the issues have been duly addressed. In particular, the revised draft has not sufficiently resolved the key concerns raised with respect to previous version of the document regarding: (a) language used in the text; (b) *Bankovic* case in the light of other extensive case-law of the Court; (c) tests for jurisdiction and State responsibility.

a) Language of the text

Even though the revised text could be more neutral, it still can be observed to be criticising the Court by using evaluations such as:

[...] the ECtHR has taken rather varied and uneven approach to the rules on attribution reflected in the ARSIWA, in some case following them expressly, whilst in others it appears to have departed from those rules."

"The criteria used by the Court in this context, in particular those of "decisive influence" and "surviving by virtue of the military, economic, financial and political support" appear to depart from, and set a lower threshold than, the "direction or control" criterion used by the ARSIWA."

The goal of the report should not be to dictate the ECtHR how it should act, but to provide an overview of its case-law and of any possible points of divergence between it and general rules of international law in a neutral manner.

It is the Court which has to establish thresholds and take approaches and in case States Parties think that the standards set by the Court are inadequate, uneven or diverging from international law, they have possibility to present their opinions in the course of particular cases under examination of the Court as a respondent state or a third party. While the criticism of the Court might be usual for scholars, it would not be appropriate for States Parties in the format of DH-SYSC or CDDH. Such criticism might be perceived as pressure over independent Court.

b) *Bankovic* and other cases

It is true that *Bankovic* is no longer labelled in the draft as "landmark judgment" or "leading decision", though it is still referred to as "clearest statement" providing "bright lines" for assessing jurisdictional issues, while *Ilascu* judgment is still criticized. Moreover, the key undertone of the document has not changed and *Bankovic* is used as the best standard against which other cases are scrutinised. The co-rapporteurs suggest that for many commentators principles on the extraterritorial application of the Convention are best described in the *Bankovic* judgment, however only a single author is referred to in the footnote and views of other scholars who praise the latest case-law developed after *Bankovic* are not even mentioned.

The fact that the latest cases that differ from *Bankovic* in certain aspects should not be seen as backsliding from the established standards, but as improvement and clarification of its initial findings by the Court.

Furthermore, putting *Bankovic* and *Ilascu* (or *Loizidou*) in the same context is not possible since the former concerned with issues of international organisation while latter focused on State responsibility for effective control and/or effective authority over the territory/de-facto governments.

c) Tests for jurisdiction and State responsibility

Despite the concerns of a number of states with respect to the evaluation of test for jurisdiction and state responsibility, the revised text still suggest that existing case-law of the Court is in conflict with the law on State responsibility. The purpose of the Convention is distinct from the classic understanding of State responsibility and envisages the protection of individual's right rather than reparation or restitution to the injured State. Thus, interpretation of the Conventional norms has different dimension and it does not affect development of the law on State responsibility. This is why the Court in its case-law frequently underlines that such interpretations have conventional purposes. For example, in *Loizidou* the Court specified that "*Those affected by such policies or actions therefore come within the 'jurisdiction' of Turkey for the purposes of Article 1 of the Convention*" (*Loizidou*, GC, 1996, para 56).

In addition, it is not accurate observation that the standards of "decisive influence" or "surviving by virtue of the military, economic, financial and political support" utilized by the Court in *Ilascu* run against Article 8 of the ARSIWA and ICJ jurisprudence (para 17). In this respect, it should be emphasized that while the ARSIWA deals controversies among disputing States, the ECHR focuses on the individual's protection. This is why the ECtHR (as well as other human rights bodies) are the venues primarily for natural persons to bring claim on their own behalf while the ILC rules could be applied between States where the individual's only hope might be diplomatic protection being subject to the State's discretion. Indeed, as rightly emphasized by the co-rapporteurs "*the ARSIWA makes clear that the Articles do not deal with the possibility of the invocation of responsibility by persons or entities other than States. In contrast, the ECtHR primarily considers cases on individual applications*" (para 8). This being so, the Court is the sole forum having legitimate authority to adjust and interpret the Convention within the framework of existing customary law in such a way which benefits most to the victim's interests. Comparison of the ECtHR case law with the ICJ jurisprudence is not also correct in this context as long as the cases where ICJ developed test for effective control concerned the use of force not human rights violations.

As rightly underscored by certain states, the Court has not sought to develop a different set of rules on State responsibility to be used as *lex specialis* (as presented by the draft). Rather, it has taken into account the relevant rules of international law, but applied them within the context of a system of human rights protection.

Certain paragraphs of the draft being in favour of moderating state responsibility in the instances of extra-territorial jurisdiction contradict the spirit of Article 1 of the Convention. For instance, as paragraphs 3 and 70 suggest

Enforcement jurisdiction (i.e. the powers of the courts and the executive actually to enforce the law) can only be exercised on the basis of territoriality (though international co-operation through measures such as extradition, mutual legal assistance, recognition and enforcement of judgments may contribute to the exercise of enforcement jurisdiction).

In the Court's jurisprudence many Convention rights, as well as having close interrelations, now include additional positive and/ or procedural obligations, and require the interaction of a number of State organs to ensure their effective guarantee. In many of the situations in which the Court has found the Convention applies extra-territorially the respondent State has had (entirely appropriately) only limited powers that would not equip it to ensure the effective application of the Convention. The result

of the “dividing and tailoring” of the Convention in these circumstances is likely to do increase the legal uncertainty, rather than provide effective protection of Convention rights.

While the States might have limited means to effectively ensure human rights while exercising jurisdiction extra-territorially, it should not be used to mitigate responsibility of those State to the detriment of victims’ interests. Article 1 of the Convention does not foresee any mitigating factors of obligation to secure human rights under jurisdiction (being territorial or extra-territorial) of the High Contracting Parties. This responsibility is quite clear and there is no ground to suggest that the legal uncertainty might be increased.

GERMANY / ALLEMAGNE

Theme 1, subtheme i)

Conclusions.

[...]

6. In addition to the VCLT rules of interpretation the Court has developed its own concepts of the interpretation of the Conventions without reference to the VCLT, although it raises the questions of whether: (a) they accord with the VCLT, perhaps but in line with it as concepts derived from the object and purpose of the Convention; and (b) such developments have been accepted and endorsed by the States Parties to the Convention.

Comment [IVC1 CW 91]: This is not the point. The Court interprets the Convention independently. Therefore the question whether the States Parties to the Convention have accepted and endorsed the interpretation of the Conventions by the Court is not relevant.

Theme 1, subtheme ii)

17. In *Ilașcu*, it is not clear whether the Court made a clear distinction between the issue of attribution of conduct on the one hand, and the issue of whether Russia exercised jurisdiction in the sense of Article 1 ECHR over the applicant on the other.⁵⁰ With respect to the issue of attribution, it does not appear that the Court considered the MRT as an organ of the Russian Federation. As a consequence, article 8 ARSIWA was the relevant principle of attribution. The criteria used by the Court in this context, in particular those of "decisive influence" and "surviving by virtue of the military, economic, financial and political support" appear to depart from, and set a significantly lower threshold than, the restrictive effective control approach, which classically requires evidence of factual control over specific conduct, which is favoured in the ICJ jurisprudence. ⁵¹

Comment [IVC1 CW 92]: During the third meeting the Group stressed the importance of adopting an objective and neutral approach in the descriptive part of the report (see Meeting Report 3rd meeting 3-5 April 2018, § 10 (iii)). Therefore this paragraph should be drafted in a more neutral /descriptive way.

⁵⁰ See *Ilașcu and others v. Moldova and Russia*, *supra* note 70, dissenting Opinion by Judge Kovler.

⁵¹ Se also in this respect the findings of the International Court of Justice in *Nicaragua v. USA* [1986] ICJ Rep. 14, at pp 62 and 64-5, paras 109 and 115; and also *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, at pp. 207-211, paras 398-407

GREECE / GRÈCE

Commending the co-Rapporteurs, as well as the contributors, for their work on the four subthemes of Theme 1, we note the following preliminary observations:

Theme 1, subtheme i)

Theme 1, subtheme I, Methodology of interpretation by the European Court of Human Rights and its approach to international law

-page 3, quotation of Article 32 of the VCLT: the paragraph that starts with “In another words...” (in italics) is not part of that Article (should not be in italics).

-page 9, the title “Confirmation of the existence of agreement between the States Parties” seems out of place.

- page 9, last paragraph: does not seem to be sufficiently substantiated in the text. Likewise, the conclusion no. 5 in page 12.

- page 10, fourth paragraph, concerning the 1966 ILC commentary to the draft VCLT: the exact quotation is: *“The value of subsequent practice varies according as it shows the common understanding of the parties as to the meaning of the terms. The Commission considered that subsequent practice establishing the understanding of the parties regarding the interpretation of a treaty should be included in paragraph 3 as an authentic means of interpretation alongside interpretative agreements. The text provisionally adopted in 1964 spoke of a practice which establishes the understanding of all the parties”. By omitting the word “all” the Commission did not intend to change the rule. It considered that the phrase “the understanding of the parties” necessarily means “the parties as a whole”. It omitted the word “all” merely to avoid any possible misconception that every party must individually have engaged in the practice where it suffices that it should have accepted the practice.”* Therefore, not all parties to a treaty must act, as stated in the draft chapter.

- page 10, seventh paragraph: paras. 92-93 of Report of the WTO Appellate Body in EC-Customs Classification of Certain Computer Equipment (W/DS62/AB/R) seem to be about *prior* practice, or rather the parties of the particular dispute (EC-USA) during the Uruguay Round tariff negotiations (*“The purpose of treaty interpretation is to establish the common intention of the parties to the treaty. To establish this intention, the prior practice of only one of the parties may be relevant, but it is clearly of more limited value than the practice of all parties”*).

- page 10, eighth paragraph: it should be 30 – years (1978 ,X v. Germany – 2009, Scoppola 2).

- page 10, with respect to the evolutive interpretation, and its use by other international Courts and bodies (including the ICJ), cf. the Concurring Opinion of Judge Siciliano, joined by Judge Raimondi, in the case of Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary, Grand Chamber Judgment of 8 November 2016.

- The conclusions need further discussion.

Theme 1, subtheme ii)

Theme 1, subtheme ii, State Responsibility and extraterritorial application of the ECHR

-page 6 para. 16: “if this is the correct reading” should be deleted. Also, the ILC in its commentary (where it also analyzed the Tadic case, not referred to in the draft chapter) highlighted the importance of the facts of each case for the attribution (“*In any event it is a matter for appreciation in each case whether particular conduct was or was not carried out under the control of a State, to such an extent that the conduct controlled should be attributed to it.*”).

- page 9, para. 33: Article 16 ARSIWA, “A State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if: (a) that State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and (b) the act would be internationally wrongful if committed by that State”.

-page 10 para. 34: the text in parentheses only applies to the Behrami case.

- The points made in paragraphs 35-39 do not seem sufficiently illustrated in the preceding text, giving emphasis to only a few judgments out of the Court’s extensive jurisprudence relating to State responsibility.

- page 10 para.35: footnote 28 does not seem sufficient for the use of the phrase “according to legal commentators”.

- in Part B, there is a different approach from Part A, in the sense that the case-law and the views expressed by the authors are not separated.

- page 16, para. 66: references are needed.

- page 17, para 72 must be deleted as it is linked to the part on State Responsibility and the subtheme on humanitarian law. Para. 73 as well.

Theme 1, subtheme iv)

Theme 1, subtheme iv, Interaction between international humanitarian law and the European Convention on Human Rights

- According to the Group’s planning, it is expected that this Chapter shall be adopted during the 4th meeting. This may be premature at this stage, in view of the Court’s pending cases. However, we are looking forward to the discussion in the Group.

NETHERLANDS / PAYS-BAS

Theme 1, subtheme ii)

**DRAFTING GROUP ON THE PLACE OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS
IN THE EUROPEAN AND INTERNATIONAL LEGAL ORDER (DH-SYSC-II)**

Comments by the Netherlands on

Revised draft chapter of Theme 1, subtheme ii):

**State responsibility and extraterritorial application of the European Convention on
Human Rights DH-SYSC-II(2018)16**

The Netherlands is grateful to the co-rapporteurs and to the contributors for their work. It considers that the revised draft chapter reflects many of the comments made during the discussion of the previous draft of the chapter.

At this stage, the Netherlands wishes to make the following comments on the draft chapter.

The new wording of paragraph 2 of the chapter, by way of introduction, describes two situations in which a respondent State may dispute the question of jurisdiction. This statement appears to conflate the question whether an individual falls within the jurisdiction of a Contracting State in the sense of Article 1 ECHR on the one hand, and the question whether specific conduct that allegedly breaches the ECHR is attributable to that State on the other hand. The Netherlands considers that these are two different questions that should be clearly distinguished. The answer to the question of whether an individual falls within the jurisdiction of a Contracting State determines whether or not the ECHR is applicable. Consequently, only after that question has been answered does – and can – the question of attribution of conduct arise. The Netherlands would like to see this distinction made more clearly.

For the same reason, the Netherlands would like to see the words "of 'jurisdiction' for the purposes of Article 1 of the Convention" deleted in the first sentence of paragraph 8. In addition, the last sentence of paragraph 8 could be read as implying that the ECtHR frequently addresses the question of attribution by explicitly applying rules of attribution set out in the ILC draft articles to the facts of a specific case. That is not the case, in spite of the fact that the ECtHR has on a number of occasions referred to specific draft articles in judgments and decisions under the heading "applicable law". For the sake of clarity the Netherlands therefore suggest reformulating the last sentence of paragraph 8 as follows: "The ECtHR has suggested that the answer to that question is broadly "yes", as it has on a number of occasions referred to the ARSIWA under the heading "applicable law", although the ECtHR has addressed the explicit question of the application of rules of attribution in the ARSIWA to the specific facts of a case less often."

The Netherlands considers the introduction of the notions of jurisdiction and state responsibility in paragraph 3 useful. It considers however that the function that jurisdiction plays in the context of article 1 ECHR and general international law is different. Under general international law, as is correctly pointed out, jurisdiction is concerned with the lawful exercise of power by a State. In the context of article 1 ECHR on the other hand, it is concerned with the conduct determining the scope of application ratione personae of the ECHR, regardless of the legality of that conduct. The Netherlands would like to see this difference reflected in the text of the draft chapter. To this end, it proposes to replace the sentence "But the notion of 'jurisdiction' in human rights treaties refers to the jurisdiction of a state, not to the jurisdiction of a court" with "In the context of human rights treaties, the notion of 'jurisdiction' refers to the jurisdiction of a State, for the purpose of setting limits on the scope of application of the treaty concerned: it defines the category of persons who

enjoy the rights and freedoms set out in the treaty concerned. This notion of jurisdiction is not concerned with whether the exercise of jurisdiction was lawful or unlawful."

In paragraph 8, the Netherlands would like to see the sentence "Article 33 (2) of the ARSIWA makes clear that the Articles do not deal with the possibility of the invocation of responsibility by persons or entities other than States." removed. This sentence is incorrect, as Article 33 (2) refers to "this part" of the ILC articles. The part referred to is part Two, which does not include the articles that are concerned with attribution.

In paragraph 38, the Netherlands would like to add the words "In addition," at the beginning of the last sentence in this paragraph. In the view of the Netherlands, two separate issues are raised. On the one hand, the issue of conflation between attribution and jurisdiction. And on the other hand, the usage of a lower threshold than set in ARSIWA.

In paragraph 39, the Netherlands would like to suggest adding "*and to determine State responsibility for acts or omissions imputable to a State Party*" at the end of the first sentence. Considering the fact that this paragraph concludes Part A concerning State Responsibility in International Law.

The Netherlands notes that the discussion of extraterritorial jurisdiction (paragraph 46) starts with an analysis of the Court's admissibility decision in the Bankovic case. As was suggested during the last meeting of DH-SYSC-II, the Netherlands proposes to also refer to relevant case law predating that case, including the cases of Cyprus v. Turkey and Stocké v. Germany.

In the first sentence of paragraph 58, the Netherlands proposes to add to the citation from the Court's judgment in Al-Skeini the sentence that follows that citation in the judgment ("The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention, derives from the fact of such control, whether it be exercised directly, through the Contracting State's own armed forces, or through a subordinate local administration"). This provides a logical connection between the first sentence of the paragraph and the following sentence, which refers (only) to exercise of control over an area through a subordinate administration (indirect control).

In the first sentence of paragraph 61, the Netherlands would like to see the word "young" removed. Mr. Jaloud was twenty-nine at the time of his death.

The Netherlands suggests to delete paragraph 73. This paragraph engages in a comparison of thresholds for the application of IHL and the ECRM respectively, which is extraneous to this subchapter.

Theme 1, subtheme iv)

DRAFTING GROUP ON THE PLACE OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS IN THE EUROPEAN AND INTERNATIONAL LEGAL ORDER (DH-SYSC-II)

Comments by the Netherlands on Draft chapter of Theme 1, subtheme iv):

Interaction between international humanitarian law and the European Convention on Human Rights (DH-SYSC-II(2018)015)

1. Introduction

The Netherlands is grateful to the co-rapporteurs and to the contributors for their work. It considers that the draft chapter submitted by the co-rapporteurs forms a good basis for further discussion in the working group.

At this stage, the Netherlands wishes to make the following comments on the draft chapter.

2. General remarks

The Netherlands considers the introductory discussion on the nature and application of International Humanitarian Law (IHL) and the situations in which its interaction with the ECHR might arise very useful. Of particular importance in this respect is the reference to the *lex specialis* principle. The Netherlands considers that this principle potentially plays an important role in the interaction between the ECHR and IHL.

In the section entitled “challenges and possible solutions”, essentially two possible approaches to reconciling provisions of the ECHR and rules and principles of IHL are referred to.

The first is the approach taken by the ECtHR in *Hassan v. UK*. As the draft chapter points out, in that case the Court chose to seek an “accommodation” between two apparently conflicting legal provisions, Article 5 ECHR on the one hand and provisions on prisoners of war and internment in Geneva Conventions III and IV on the other hand, through an interpretive approach based on the rules of interpretation in Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

Based on this approach, the Court “accommodated” the grounds of permitted deprivation of liberty set out in subparagraphs (a) to (f) of Article 5 ECHR, with the taking of prisoners of war and the detention of civilians who pose a risk to security under the Third and Fourth Geneva Conventions.

The Netherlands agrees with the statement in the draft chapter that it is imaginable that there are other areas of IHL in which the rules are similarly clearly established where a similar solution may be possible. It also agrees with the statement that adopting a similar solution in relation to NIACs may be possible in some respects.

The draft chapter suggests two sets of complexities in this context. A first set of complexities arises from very different circumstances in which NIACs can occur. Another complexity may arise from determining the content of the rules relating to NIAC, which are still largely derived from customary international law. The first set may be less of an obstacle than is now suggested, for the following reasons.

First, the draft chapter states that there may be threshold questions about the existence of NIAC, for example States may be disinclined to characterise a situation on its own territory as a NIAC. This complexity follows from the holding of the Court in *Hassan v. UK* that the provisions of the ECHR will be interpreted and applied in the light of the relevant provisions of international humanitarian law only where this is specifically pleaded by the respondent State (*Hassan v. UK*, para. 107). **The Netherlands proposes to clarify in the draft chapter that this does not seem particularly problematic. It seems logical that a State can only invoke rules of IHL, and consequently accommodation of ECHR provisions based on rules of IHL, if it accepts that there is a factual situation of armed conflict. In addition, the Court in Hassan only suggests that a respondent State must invoke IHL, and by extension recognize the existence of an armed conflict, in the proceedings before the Court and not prior to that.**

Second, the draft chapter states that “there may be other situations where the forces of one State are assisting another State in prosecuting a NIAC where the application of the ECHR at all may be disputable, where for example the assistance is limited and the territorial State is not itself a Contracting Party to the ECHR.” In the view of the Netherlands, this is not so much a complexity having to do with the relationship between the ECHR and IHL, as with the question of the scope of extraterritorial application of the Convention. **The Netherlands therefore proposes to delete this sentence.**

The second possible approach to reconciling provisions of the ECHR and rules and principles of IHL suggested in the draft chapter is for Contracting States to derogate in accordance with Article 15 ECHR. In the view of the Netherlands, the draft chapter correctly underlines that States have not derogated in situations of IAC in which they have engaged. In the view of the Netherlands, it is relevant that States also do not appear to have derogated in situations in which they were engaged in a non-international armed conflict outside their territory. **The Netherlands proposes to state this explicitly in the draft chapter.** This is potentially relevant as State practice in the application of the ECHR, in the sense of Article 31 (3) (b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

This is relevant inter alia in relation to the statement in the draft chapter that "Thus for example a derogation from Article 2 is permissible in respect of deaths resulting from lawful acts of war". If this statement is intended to mean that for deaths resulting from lawful acts of war to be in conformity with Article 2, a derogation from that article is necessary, the Netherlands disagrees. The Netherlands considers that the effect of the Article 15 (2) is that deaths resulting from lawful acts of war are ipso facto not in violation of Article 2. **The Netherlands therefore proposes to clarify this, or to delete the sentence concerned.**

3. Specific remarks

P. 4, second para: The Netherlands proposes to add the relationship between Article 15 ECHR and armed conflict to the list of key issues.

P. 4, third para: The Netherlands proposes that the words "a situation of internal disturbance" be replaced by different wording. The words are used here as (also) referring to a situation of armed conflict. IHL itself however distinguishes between armed conflict and situations of internal disturbances. Additional Protocol II to the Geneva Conventions in Article 1 (2) states that "This Protocol shall not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature, as not being armed conflicts."

P. 4, fourth para: Ibidem in respect of the word "disturbances".

p. 4, section 2 (b): Under this heading, the judgment of the Grand Chamber of the Court in Jaloud v. the Netherlands can be referred to. In that judgment, the Court under "relevant international law" referred to the 1907 Hague Regulations and GC IV, but in its consideration of the facts did not return to these conventions.

p. 4, section 2 (b): The first paragraph of this section refers to the Court's judgment in Loizidou v. Turkey. This case does not seem to belong under the heading "cases in which secondary reference is made to IHL". The Court – neither in its decision on preliminary objections nor in its judgment on the merits – referred to IHL at all. Only Judge Pettiti did so in a dissenting opinion.

RUSSIA / RUSSIE



**МИНИСТЕРСТВО ЮСТИЦИИ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
(МИНЮСТ РОССИИ)**

Житная ул., д. 14, Москва, 119991
тел. (495) 955-59-99, факс (495) 955-57-79
E-mail: info@minjust.ru

3. 09.2018 № 10 - ЧОЗ2-18

На № _____ от _____

**COMMITTEE OF EXPERTS ON THE
SYSTEM OF THE
EUROPEAN CONVENTION ON
HUMAN RIGHTS
(DH-SYSC)**

Chairperson of DH-SYSC-II

Mme Florence Merloz

Dear Madame,

Please find enclosed the comments of the Russian authorities to the draft chapters of CDDH Report Theme I "The challenge of the interaction between the Convention and other branches of international law, including international customary law", subthemes:

- ii) State responsibility and extraterritorial application of the European Convention on Human Rights;
- iii) Interaction between the resolutions of the Security Council and the European Convention on Human Rights;
- iv) Interaction between international humanitarian law and the European Convention on Human Rights.

Head of the Office of Representative
of the Russian Federation at the
European Court of Human Rights

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'A. Fedorov'.

A. Fedorov

Enc.: on p.

Theme 1, subtheme ii)

5. The Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, adopted by the International Law Commission in 2001 (ARSIWA), largely codify customary rules of international law on this subject, though some aspects constitute progressive development of the law. They provide a code of secondary rules which determine whether a State has committed an internationally unlawful wrongful act such as to engage its responsibility towards another State(s). Article 55 of the ARSIWA states that “these Articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law”.

43. The term “jurisdiction” is not elaborated further by the Convention. Interpretation of the term is one of the most pressing and still unresolved challenges both for the ECtHR and the States Parties to the Convention. In the The ECtHR- important⁵² decision in the Banković case (in this case the Court dealt with complaints of the victims of air strikes carried out by NATO forces against radio and television facilities in Belgrade on 23 April 1999) the Court had affirmed that State jurisdiction as referred to in Article 1 is “primarily territorial”. Yet the phrase “within their jurisdiction” rather than “within their territory” might imply that the ECHR contracting parties’ obligations may potentially extend beyond their territory.

46. In its case law the ECtHR has affirmed that the state’s jurisdiction as referred to by Article 1 is “primarily territorial”. In its important⁵³ Banković decision the Court found that “State practice in the application of the Convention since its ratification to be indicative of a lack of any apprehension on the part of the Contracting States of their extra-territorial responsibility in contexts like the case in question”. The Court relied also on the travaux préparatoires of the Convention refusing to apply to Article 1 its own concept of the interpretation of the Convention as a “living instrument”. The Court also refused to refer to the practice of other international human rights bodies.

64. In relation to the Court’s category of extraterritorial application on the basis of “effective control of an area”, there has also been some expansion of the factors the Court will consider. In its judgment in the case of *Catan v Moldova and Russia* (the case concerned Moldovan nationals living in the Moldovan Republic of Transdniestria and complaining the MRT’s prohibition of using Latin scripts in schools) in seeking to establish that the applicants were within Russia’s jurisdiction for the purposes of Article 1, the Court looked beyond the question of the size of Russia’s military deployment: placing its emphasis instead on the economic presence of the companies from Russia and even on “direct humanitarian aid”. At that, the Court has established that there was no evidence of participation by Russian Federation or its representatives in the measures taken in respect of the applicants which amounted to violation of their rights enshrined in Convention and Protocols thereto. The Court outlined

“106. Where the fact of such domination over the territory is established, it is not necessary to determine whether the Contracting State exercises detailed control over the policies and actions of the subordinate local administration.... The controlling State has the responsibility under Article 1 to secure, within the area under its control, the entire range of substantive rights set out in the Convention and those additional Protocols which it has ratified. It will be liable for any violations of those

⁵² The proposed wording of para 43 fully corresponds to the wording reflected in para 11 (ii) of the DH-SYSC-II(2018)R3 Report, approved upon the results of the group meeting on 3-5 April 2018.

⁵³ See above, footnote 32 [note by the Secretariat: see footnote 22]

rights.

107. It is a question of fact whether a Contracting State exercises effective control over an area outside its own territory. In determining whether effective control exists, the Court will primarily have reference to the strength of the State's military presence in the area (see Loizidou (merits), cited above, §§ 16 and 56; Ilașcu, cited above, § 387). Other indicators may also be relevant, such as the extent to which its military, economic and political support for the local subordinate administration provides it with influence and control over the region (see Ilașcu, cited above, §§ 388-394; Al-Skeini, cited above, § 139)...

122. The Court, therefore, maintains its findings in the Ilașcu judgment (cited above), that during the period 2002-2004 the "MRT" was able to continue in existence, resisting Moldovan and international efforts to resolve the conflict and bring democracy and the rule of law to the region, only because of Russian military, economic and political support. In these circumstances, the "MRT"s high level of dependency on Russian support provides a strong indication that Russia exercised effective control and decisive influence over the "MRT" administration during the period of the schools' crisis....

149. The Court notes that there is no evidence of any direct participation by Russian agents in the measures taken against the applicants. Nor is there any evidence of Russian involvement in or approbation for the "MRT"s language policy in general. Indeed, it was through efforts made by Russian mediators, acting together with mediators from Ukraine and the OSCE, that the "MRT" authorities permitted the schools to reopen as "foreign institutions of private education".

66. Similarly in cases relating to Nagorno-Karabakh such as Chiragov v. Armenia the Court appears to have diluted its criteria of effective control by adopting a rather broad criterion of "military and economic support" in place of the relatively undisputable factor of mass military presence (The case concerned the complaints by six Azerbaijani refugees that they were unable to return to their homes and property in the district of Lachin, in Azerbaijan, from where they had been forced to flee in 1992 during the Nagorno-Karabakh conflict).

Its worth noting that the Court's approach in relation to the extraterritorial jurisdiction of States exercised through the actions of their agents, forces or other representatives was accepted to certain extent by other international courts and tribunals in course of interpretation of the jurisdiction clause of other human rights treaties. The ICJ in its Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory where the ICJ in Paras 110-111 held that the Covenant on Human Rights is applicable to the actions of authorities when they exercise their jurisdiction outside their territory, notably referring to the Human Rights Committee findings, according to which the provisions of the Covenant apply to the benefit of the population of the Occupied Territories, for all conduct by the State party's authorities or agents in those territories that affect the enjoyment of rights enshrined in the Covenant and fall within the ambit of State responsibility of Israel under the principles of public international law⁵⁴. The Human Rights Committee also held that the Covenant applies to all actions of the Israeli authorities and

⁵⁴ See also Human Rights Committee, General Comment No 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 80th sess, UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26 May 2004) [10] (providing that states have the duty to guarantee and respect the International Covenant on Civil and Political Rights ('ICCPR') at home and abroad for individuals within their 'power or effective control')

~~their representatives in the occupied territory (despite the fact that a significant proportion of powers was transferred to the Palestinian Authority).~~ The Inter-American Commission of Human Rights interpreting the American Convention on human rights (a treaty modelled after the European Convention) invoked the same approach expanding its jurisdiction over the cases that involved the US military intervention in Grenada in 1983 in Panama in 1989, and the cases of indefinite detention of aliens by the US in camps outside the US, in Guantanamo Bay, Cuba. But it should also be noted that extraterritorial jurisdiction of human rights treaties, even when relating to direct actions of State agents, was persistently objected by such states as the USA, Israel, United Kingdom and Canada.

[new 67.] Lastly, it should be noted that the “innovative approach” of the European Court, formed on the basis of autonomous evolutionary interpretation in respect of extraterritorial jurisdiction, effective control and international legal responsibility of States, directly affects the issues of execution of judgments of the European Court, primarily as regards the cases requiring the respondent State to undertake certain action in the territory of other sovereign State, which is even more true when no direct action of a State was present. In such situations elimination of the violations of the Convention provisions established by the ECtHR inevitably results in a violation of generally binding principles of State sovereignty and non-interference with internal affairs, which contradicts the current system of international law. Such approaches lead, in the words of judge Kovler in his dissenting opinion to the Ilaşku judgment, to “...the objective impossibility ... of enforcing the Court's judgment to the letter, going over the head of sovereign [State] ...”

[new 71.] ⁷⁰ In relation to the question of dividing and tailoring Convention rights as we have seen the Court has gone further and, apparently overturned its finding on this *Bankovic*, and found that in situations where a State agent, acting outside the State's territory, exercises control and authority over an individual, the State must secure the rights “that are relevant to the situation of that individual”. The concern here is for the coherence and integrity of the guarantees of the Convention as they have been elaborated systematically in the caselaw of the Court. The ever-increasing sophistication in the body of interpretative jurisprudence on the Convention rights and the Court's emphasis on the effectiveness of the Convention Guarantees, mean that simply to say a given Article of the Convention is “relevant” to a particular situation is likely to raise as many questions as it answers. In the Court's jurisprudence many Convention rights, as well as having close interrelations, now include additional positive and/ or procedural obligations, and require the interaction of a number of State organs to ensure their effective guarantee. In many of the situations in which the Court has found the Convention applies extra-territorially the respondent State has had (entirely appropriately) only limited powers that would not equip it to ensure the effective application of the Convention or the respective Court judgments. The result of the “dividing and tailoring” of the Convention in these circumstances is likely to increase the legal uncertainty, rather than provide effective protection of Convention rights.

Theme 1, subtheme iii)

2. The Charter system envisages a sophisticated structure of organs, each with its own defined areas of activity and responsibilities, powers, procedures and working methods. And the relationships between the organs and between the organisation and its member States is governed by a complex body of law and practice stemming from the Charter itself. The Charter is therefore the supreme law of the organisation, and given the universal vocation of the UN as the world's central political organisation charged with the maintenance of international peace and security, the Charter is of central constitutional significance in the international political and legal systems. In the present context, there are two particularly

striking features of the Charter, which are unprecedented in international law and demonstrate the commitment of the member States to ensuring the effectiveness of the UN system in core role of maintaining international peace and security. The first is the ~~executive~~ authority given to the Security Council, ~~and~~ organ of 15 member States which operates through a special system of majority voting, and has the power to take decisions which the whole of the membership have a legal obligation to implement (explored in the next section). The second feature is Article 103 of the Charter according to which in case of any conflict between obligations arising on the member States under the Charter and obligations arising under other international agreements, Charter obligations should prevail.

5. The powers of the Security Council are broad, giving it a large measure of freedom of action to determine the most appropriate response to a breach of or threat to the peace. It may use either its powers to seek diplomatic solutions to disputes under Chapter VI of the Charter or its powers of decision to take enforcement action under Chapter VII to address threats to the peace, breaches of the peace and acts of aggression. ~~In respect of the latter~~ eDecisions of the Council are legally binding (Article 25) and Council has the power determine whether action is to be taken by all or some member States of the UN (Article 48).

7. The intention of the drafters of the UN Charter was that the Security Council itself should be in a position to use force (article 42), through the deployment of forces made available to it by the member States under standing agreements (article 43). ~~The reality has been however that States have not been willing to enter into such agreements with the UN.~~ The Council has ~~therefore~~ had to use the model of authorising States to use force in order to respond to breaches or threats to peace. Such authorisations famously take the form of an authorisation in a resolution adopted under Chapter VII “to take all necessary measures” ~~or “to use all necessary means”~~. This model of authorisation of States to take part in military action was first adopted in 1990/1991 following Iraq’s invasion of Kuwait.

8. There has been a greater willingness among States to deploy troops under a UN command in peacekeeping operations. During the Cold War, when the Security Council was frequently paralysed from authorising the use of force under Article 42, the Security Council was more successful in developing its practice of deploying international troops to maintain a peace, once the warring parties had agreed to suspend fighting. Classically these peacekeeping forces were lightly armed and deployed with the consent of the relevant territorial State(s), and authorised to provide a barrier between opponents and only to use force in self-defence. However over time, and with a greater degree of consensus in the Security Council that is now possible in the post-Cold War era, mandates of ~~some~~ UN peace-keeping ~~force-missions~~ have developed to ~~can~~ include, on occasion, the authorisation of the use of force under Chapter VII in peace ~~stabilisation~~ operations, for example to ~~tackle immediate threats to blue helmets or civilian population in the area of mission's responsibility ensure the delivery of humanitarian assistance~~. Equally, rather than deploying a UN force, the Security Council may authorise a regional organisation or particular member States to carry out post-conflict peace ~~stabilisation~~ operations, including the possibility of using force.

9. Article 41 of the Charter gives the Council a broad discretion to decide the measures short of the use of force that it considers necessary to give effect to its decisions. These can include, but are not limited to economic sanctions. There is now an extensive body of Council practice where sanctions have been imposed by the Council, which has been developed largely in the post-Cold War period. Sanctions represent an essential tool ~~of modern diplomacy~~, which can be used by the Council in response to various threats international peace and security, importantly as a credible alternative to forcible action. They have been used to support peace processes/ peaceful transitions, to deter non-constitutional

Comment [IW93]: There is no uniform practice as regards granting the UN peace-keeping missions the power to use force. The mandates, developed by the UN SC, and Status of forces agreements, concluded with the host countries, vary from mission to mission.

Comment [IW94]: The main aims of the use of force by the peace-keeping missions are: countering the activity of illegal armed groups, self-defence and protection of civilian population. The aims of ensuring the delivery of humanitarian assistance in this context are of a secondary nature.

changes, to constrain terrorism, to protect human rights and to promote non-proliferation. There are currently 14 different UN sanctions regimes in existence.

10. The measures taken will vary according to the nature of the threat and the Council's objective that can range from comprehensive economic and trade sanctions to more targeted measures such as arms embargoes, travel bans, and financial or commodity restrictions. It is now comparatively rare for general or comprehensive sanctions to be imposed on all trade with target a country or region, because of the unintended impacts they can have on ordinary civilians population of targeted States who have little to do with the threat to the peace in question. The Council's practice has increasingly resorted to the use of targeted sanctions against individuals identified for their involvement/ ability to influence the situation, or against particular goods that will have an impact that the Council intend on the situation. It should be noted sanctions are intended as temporary measures, whose purpose is to induce the individual to change his or her behaviour and to comply with decisions of the Council, rather than punishment. Where sanctions are imposed against individuals, the Council will accompany such measures with a system of humanitarian exemptions to ameliorate the effect of the sanctions on fundamental aspect of the lives of individuals.

10. The measures taken will vary according to the nature of the threat and the Council's objective that can range from comprehensive economic and trade sanctions to more targeted measures such as arms embargoes, travel bans, and financial or commodity restrictions. It is ~~now~~—comparatively rare for general or comprehensive sanctions to be imposed on all trade with target a country or region, because of the unintended impacts they can have on ordinary civilians who have little to do with the threat to the peace in question. The Council's practice has increasingly resorted to the use of targeted sanctions against individuals identified for their involvement/ ability to influence the situation, or against particular goods that will have an impact that the Council intend on the situation. It should be noted sanctions are intended as temporary measures, whose purpose is to induce the individual to change his or her behaviour and to comply with decisions of the Council, rather than punishment. Where sanctions are imposed against individuals, the Council will accompany such measures with a system of humanitarian exemptions to ameliorate the effect of the sanctions on fundamental aspect of the lives of individuals.

13. In the contrasting case of *Al Jedda*, the Court took a rather narrower approach to the interpretation of a UN Chapter VII mandate in relation to the stabilisation of Iraq following the US-led military action taken in 2003. The case concerned an internee detained by UK forces and interned during the period 2004-2007. The Grand Chamber rejected the UK's argument that the applicant was not within its jurisdiction. The UK had argued that, following *Behrami*, since its impugned actions were pursuant to a mandate in a Security Council resolution (UNSCR 1546(2004)) under Chapter VII, its actions were attributable to the UN, and therefore not within the jurisdiction of the UK for the purposes of Article 1 of the ECHR. However based on the nature of UN involvement in Iraq, which it found to be different from the UN involvement in Kosovo, the Grand Chamber rejected this and found the internment attributable to the UK.

18. The Court rejected a preliminary objection by the Respondent State that the imposition of sanctions was attributable to the UN and therefore not within the "jurisdiction" of the Respondent State, on the basis that Court sought to confine its consideration to actions of the national authorities in implementing the sanctions. Similarly, when considering the merits the focus of the Court was on national implementation measures, rather than seeking to resolve an apparent conflict between the requirements of the UNSCRs and the ECHR. The

Court started by recognising that the travel ban was expressly required under UNSCR 1390(2002), and therefore that the presumption in *Al Jedda* that the Security Council would only intend to act in conformity with human rights obligations of the member States was rebutted. However, in considering whether the interference with the applicant's Article 8 rights was proportionate, the Court focused entirely on the implementation of the sanctions by the Swiss authorities, finding that they had a degree of latitude "which was admittedly limited but nevertheless real" in how this was done. The Court went on:

[...]

25. In some cases, notably for example in the quotation above from the *Behrami* case, the Court provides a careful appreciation of the legal underpinnings and the context of the work of the Security Council in discharging of its primary responsibility for the maintenance of international peace and security. Whereas, beyond a reciting relevant provisions of the UN Charter, this kind of systemic understanding of Security Council is less apparent in much of the subsequent case-law. That may in part be explained by the fact that the Court has sought in those subsequent cases to focus its enquiry on the decisions at the national level in implementing the Security Council decisions, ~~rather than the Council decisions per se~~. However from the perspective of the States such a separation of national action from its basis in obligations under UNSCRs lies at the heart of the problem and risks leading to divergence of legal obligations.

28. In some of its caselaw, rather than applying Article 103 to give precedence to obligations under a UNSCR, the Court seeks to avoid accepting that a conflict has arisen between a Convention right and an obligation arising under the UN Charter. In this respect the Court has adopted a presumption that Security Council resolutions should be interpreted so as to avoid finding any incompatibility with human rights under the Convention. ~~If the proper goal of the interpreter is to reflect the intentions of the Council it is not clear what basis such a presumption has.~~ If, as the Court's caselaw appears to suggest, its effect is that States' compliance with a SCR is thereby conditioned by observance of Convention rights, even where that affects the ability of States to comply with a clear requirement of the SCR, then it will impair the Security Council's discretion to take effective measure to maintain peace and security. Such a view takes little account of the international context in which the Security Council adopts measures under Chapter VII, which by definition are situations of a threat to international peace and security, a breach of the peace or an act of aggression. It hardly needs saying that situations of this type that occur at the national level, are likely to entitle a State to derogate from many a number of its ordinary human rights obligations.

31. A national judicial review of certain procedural or formal requirements, for example in relation to the identity of listed individual or the ownership of relevant assets may be consistent with giving effect to a decision of the Council. Whereas the scope for any judicial review of the merits of a listing that is required in a decision of the Council is likely to be much more limited. ~~It may depend on the nature of any remedial measures that may be required. If for example a judicial review resulted in a finding that the basis of a listing was lacking in some respect, it may be that an appropriate remedy if permissible within the national legal system would be to mandate the national authorities to consider seeking delisting by the Security Council.~~ However ~~in such a case~~ it would be inconsistent with Article 25 and 103 of the UN Charter for a national or regional court to order the de-listing of a person whose was listed as a requirement of a Security Council decision.

32. It is important to keep in mind that the Security Council is best-placed to ensure that that its decisions are soundly based and that appropriate process are in place for listing and delisting. Although reaching agreement at the international level is a complex, recent years have seen significant developments in the Council's practice in both respects. Member

States of the Council, and notably those who are ~~members of the EU and~~ parties to the ECHR, are very much more stringent in ensuring an adequate evidential basis exists to justify listings. Procedures for delisting have also seen improvements with the appointment of a focal point to which individuals can send delisting requests, and in the case of sanctions against ISIL (Daesh) and Al Qaeda the appointment of an independent and impartial Ombudsperson. Whilst there may be room for further improvements, they are likely to be incremental as they depend on reaching agreement within the Security Council. [It is also important that any such improvements are consistent with the competence of the UN Security Council under the UN Charter.](#)

Theme 1, subtheme iv)

1. Introduction

[...]

~~In respect of the latter point, t~~The development of international criminal law in the last two decades has been particularly significant, following the establishment of a number of international criminal courts and tribunals, including the negotiation of the Rome Statute of the International Criminal Court. These courts and tribunals have produced an extensive jurisprudence in relation to the prosecution of breaches IHL that can result in individual criminal liability. In that context there has been an observable, ~~and perhaps understandable and not always justifiable~~, trend towards applying standards first developed in relation to IAC in the context of NIAC.

[...]

That separation has traditionally been explained by the specificity of the field of application of IHL. IHL applies in situations of armed conflict, governing primarily the conduct of hostilities and the protection of persons hors de combat. By contrast human rights law ~~will apply in principle in times both of peace and conflict~~[applies primarily in times of peace](#). In its first statement on the relationship between these two bodies of law the International Court of Justice said:

[...]

2. The approach of the European Court of Human Rights to situations of armed conflict

(b) Cases in which secondary reference is made to IHL

In some cases, the ECtHR has acknowledged provisions of IHL as part of the legal context in which the ECHR applies. In *Loizidou v Turkey* for example, in establishing Turkey's responsibility under the Convention for the denial to the applicant of enjoyment of her property in northern Cyprus, the Court based its findings on the effective control exercised by Turkish military forces over that region⁵⁵. Subsequently in *Varnava v Turkey* (concerning

⁵⁵ [Issues related to application of the "effective control" concept are considered under subtheme ii\) of the present report](#)

missing persons following Turkey's military operations in northern Cyprus in 1974), the Court considered the application of Article against the context of IHL in the following terms:

[...]

(c) Cases relating to criminal responsibility under IHL (an indirect application of IHL?)

On a number of occasions the Court has been called on to consider the questions of IHL in the context of challenges to criminal proceedings concerning historic allegations of war crimes and/or crimes against humanity, and in particular the compatibility of those proceedings with Article 7 of the Convention. These cases all raise complex questions of fact and law, and some turn on questions of how international crimes have been received into and prosecuted in the relevant national legal system. It is difficult to draw from them more general conclusions on the relationship of IHL and the ECHR.

Analysis of the ECtHR case-law shows that the Court over time has adopted different positions as regards IHL, ranging from silence on the matter to direct application thereof. In most cases there was no unanimous opinion (a recent evidence would be the "Vasiliauskas v. Lithuania" judgment, adopted by 9 votes to 8, with multiple concurring, dissenting or partly dissenting opinions attached), which proves that the Court has not developed reliable criteria of resorting to IHL.

The Grand Chamber judgment in "Kononov v. Latvia" demonstrates that selective approach (influenced by evidently geopolitical matters) to IHL regulations in respect of war crimes contrasted both previous ("Korbely v. Hungary") and subsequent ("Maktof and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina") judgments, thereby rendering unpredictable the application of Article 7 of the Convention, the result often depending on composition of the Commission, Section or Grand Chamber.

3. Challenges and possible solutions

[...]

Adopting a similar solution in relation to NIACs may be possible in some respects, but there may be additional complexities. A first set of complexities arises from very different circumstances in which NIACs can occur. There may be threshold questions about the existence of NIAC, for example States may be disinclined to characterise a situation on its own territory as a NIAC. There may be other situations where the forces of one State are assisting another State in prosecuting a NIAC where the application of the ECHR at all may be disputable, where for example the assistance is limited and the territorial State is not itself a Contracting Party to the ECHR. There may be still other circumstances where there is an international coalition which is taking military action against a non-State actor in the territory of a State which unwilling or unable to take action against the non-State actor.

Another complexity may arise from determining the content of the rules relating to NIAC, which are still largely derived from customary international law. However what is essential, and this is the same whether or not the ECHR is applicable, is that States are clear about the legal framework in which they are operating and adopt clear standards and processes on crucial issues such as targeting and detention that respect core principles and this framework corresponds to core principles. Any possible "accommodation" or "harmonious" interpretation of IHL and human rights obligations will require this as a minimum.

It has been suggested that an alternative solution to the question of determining conflicts between (at least some) provisions of the two bodies of law is for a State to derogate from the ECHR in accordance with Article 15. For the minority in *Hassan* this is the only possible solution under the Convention. It is notable too that the Human Rights Committee in General Comment 35 seem to accept the possibility of States derogating from the right to liberty in conflict situations under certain conditions, including conflict situations outside their own territories in which they are engaged (see para 65).

SWITZERLAND / SUISSE

Theme 1, subtheme i)

2. The rules of interpretation have been codified in the Vienna Convention on the law of treaties (VCLT) of 1969.

[...]

In another words the approach offered by the VCLT looks like follows. Firstly the interpreter shall ~~firstly~~ try to interpret the provisions of the treaties in “good faith,” in accordance with the “ordinary meaning” of the “terms” or text of the treaty, in their “context,” and in light of the treaty’s “object and purpose.” Secondly the “preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion” are only secondary sources of interpretation to confirm meaning deduced by the interpreter or in case the meaning of the treaty remains unclear or leads to an absurd result.

3. Legal status of the VCLT rules of interpretation

[...]

At the same time, the VCLT does not provide any guidance on how these rules of interpretation (recourse to the text, context and object and purpose of the treaty) shall be applied in order to achieve a sufficient result - separately or cumulatively, in what order – as listed on the VCLT or at discretion of the interpreter. The VCLT remains silent about any hierarchical structure between the elements of the General Rule, the binding force of the rules (some prominent commentators even suggest that these rules are not binding) and their exhaustive character. This may leave some room for discussion about the existence of other principles of interpretation, and perhaps too about even a degree of freedom for courts and tribunals to prioritize different interpretative methods or to avoid to use the rules of the VCLT and to develop their own rules of interpretation.

Comment [SUI95]: Given the practice of several dispute resolution bodies, we do not deem necessary to mention past (or remaining) dissenting voices.

Comment [SUI96]: Before reaching such a conclusion, there should be a thorough reflection about the scope of each the three principal rules of interpretation (text / context / object and purpose). In our view, the evolutive and dynamic interpretation, such as practiced by the Court, is a concept closely linked the object and purpose of the Convention.

4. The VCLT rules of interpretation in the jurisprudence of the ECtHR.

[...]

The ECtHR expressly relies upon the VCLT rules of interpretation in construing the substantive rights of the Convention and its provisions concerning the Court's competences and jurisdiction. In terms of the frequency of the use by the Court of the VCLT rules, it should be mentioned that:

- 1) According to the calculations made by one commentator, by 2010 the VCLT has been cited in no more than 60 out of more than 10,000 judgments delivered by the Court⁵⁶
- 2) as noted in the academic literature the Court its earlier years seems to be more inclined to refer to the VCLT rules than more recently.⁵⁷

Comment [SUI97]: References to relevant literature are missing in footnote 2

⁵⁶ G. Letsas, Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer // European Journal of international law, 2010 vol 21 No. 3, 509–541

b) Travaux préparatoires (preparatory works) and the intentions of the drafters in jurisprudence of the ECHR

The Court has on various occasions invoked the *travaux préparatoires* of the Convention but never explicitly admitting that it did so because “the meaning of the treaty remains unclear or leads to an absurd result” as mentioned in the art 32 of the VCLT.

Methods of interpretation developed by the ECHR.

[...]

Conclusions.

1. The rights and freedoms guaranteed by the Convention are often phrased in a very abstract form. As in the case of human rights provided by national Constitutions (or other sources of law), there is thus a need for concretization in the light of the object and purpose of the Convention (cf. Art 31 VCLT).

Comment [SUI98]: This chapter would deserve more in-depth developments.

1-2. While stressing the special character of the ECHR as an instrument for the protection of individual human beings, t
The Court consistently held that the Convention is a part of international public law and thus that is should be interpreted in accordance with the VCLT rules of interpretation.

Comment [SUI99]: A notre avis, il serait utile de rappeler plus explicitement les éléments contribuant à atténuer la portée de la volonté des auteurs de la Convention. Nous proposons donc d'ajouter un nouveau chiffre 1. »

2-3. The Court showed no intention to prioritize any interpretative methods provided by the VCLT rules of interpretation, invoking them on a case by case basis depending on the circumstances of the case.

3-4. It seems that the Court does not make placed the use of preparatory works of the drafters of the Convention on an equal footing with methods of interpretation provided by art 31 of the Convention instead of treating them as supplementary means of interpretation as required by art. 32 VCLT.

Comment [SE100]: “on an equal footing” seems too strong (the Court noted on different occasions that the travaux préparatoires had been conducted decades ago and were at times not detailed enough to be conclusive)

4-5. The reliance that the Court has placed on other rules of international law varies in the caselaw. In some cases the Court repeatedly relied on other norms of international law and jurisprudence of other international courts and tribunals (mainly the ICJ) willing to enhance the acceptance and legitimacy of its conclusions. In other instances the Court explicitly invoked then specific nature of the Convention as a human rights treaty in order to refuse to take in to account the other norms of international law and the caselaw of international account and tribunals.

5-6. The Court has referred to the subsequent practice of the States Parties to the Convention as a sign of tacit modernization or even amendments of the provisions of the Convention by the States. The use of subsequent practice of the some only of the States Parties to the Convention as a confirmation of the European consensus remains one of the disputable feature of the ECHR interpretative approach nowadays. Such an approach raises questions about the fundamentally consensual nature of State obligations, which apply as much to obligations arising under the Convention as other treaties governed by public international law.

6-7. The interpretation of the ECHR as a living instrument by which the Court maintains a dynamic and evolutive approach in the light of present-day conditions has become an important feature of the Convention system. In addition to the VCLT rules of interpretation the Court has developed its own concepts of the interpretation of the Conventions without explicit reference to concepts provided for by the VCLT, such as although it raises the questions of whether: (a) they accord with the VCLT, perhaps as concepts derived from the object and purpose of the Convention or ; and (b) such developments have been the accepted acceptance and endorsement by the States Parties to the Convention.

Comment [SUI101]: See comment in the section “3. Legal status of the VCLT rules of interpretation”.

Theme 1, subtheme ii)

16. In its discussion of State responsibility in *Loizidou* the Court appears to have found that all actions of the TRNC were attributable to Turkey. If this is the correct reading, this would constitute a fairly straightforward application by the Court of the principle of attribution which was subsequently set out in Article 8 ARSIWA, dealing with conduct of a person or a group of persons directed or controlled by a State. Indeed, the ILC commentary to this article refers to the *Loizidou* judgment in a footnote in its commentary to article 8.⁵⁸

Comment [SUI102]: The SRSIWA principles were formally adopted in 2001, i.e. after the *Lozidou* case.

17. In *Ilaşcu*, it is not clear whether the Court made a clear distinction between the issue of attribution of conduct on the one hand, and the issue of whether Russia exercised jurisdiction in the sense of Article 1 ECHR over the applicant on the other.⁵⁹ With respect to the issue of attribution, it does not appear that the Court considered the MRT as an organ of the Russian Federation. As a consequence, article 8 ARSIWA was the relevant principle of attribution. The criteria used by the Court in this context, in particular those of “decisive influence” and “surviving by virtue of the military, economic, financial and political support” appear to depart from, and set a significantly lower threshold than, the restrictive-effective control approach, which classically requires evidence of factual control over specific conduct, which is favoured in the ICJ jurisprudence. .⁶⁰

Comment [SUI103]: The “effective control” cannot be considered “restrictive” in nature.

⁵⁸ ILC, Draft Articles on State for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001 YILC, Vol. II (Part two).The footnote [160] states: “The problem of the degree of State control necessary for the purposes of attribution of conduct to the State has also been dealt with, for example, by [...] the European Court of Human Rights: [...] *Loizidou v. Turkey*, Merits, Eur. Court H.R., Reports, 1996-VI, p. 2216, at pp. 2235–2236, para. 56, also p. 2234, para. 52; and *ibid.*, Preliminary Objections, Eur. Court H.R., Series A, No. 310, p. 23, para. 62 (1995).”

⁵⁹ See *Ilaşcu and others v. Moldova and Russia*, *supra* note 70, dissenting Opinion by Judge Kovler.

⁶⁰ Se also in this respect the findings of the International Court of Justice in *Nicaragua v. USA* [1986] ICJ Rep. 14, at pp 62 and 64-5, paras 109 and 115; and also *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, at pp. 207-211, paras 398-407

35. According to legal commentators,⁶¹ the case law of the Court demonstrates that the ECtHR has taken rather varied and uneven approach to the rules on attribution reflected in the ARSIWA, in some case following them expressly,⁶² whilst in others it appears to have departed from those rules. The latter include cases related to attribution of conduct in situations that would be covered by the rules of customary international law as contained in ARSIWA. In other words, it appears that in these cases the Court departed from general international law on State responsibility. It is interesting to note that in a number of cases in which the ECtHR departed from general international law, it did so despite having referred to specific ARSIWA articles when listing relevant provisions of international law. The citation of the ARSIWA Articles in this context could be understood as the Court suggesting that it would apply them. But in reality, this was not always what the Court actually did. This leads to a reasonable conclusion that on occasion the Court has sought *de facto* to create on a case-by case basis its own *lex specialis* regime of State responsibility under the Convention, whilst claiming at the same time that it follows the rules of general international law and stressing the Convention's special character as human rights treaty.

Comment [SUI104]: See comment in § 16 regarding timing (Loizidou 1996, ARSIWA principles 2001)

36. Such an approach could present a number of problems. The current case-law of the Court has developed the Convention to a point that is markedly different from the prevailing understanding and interpretation of the ECHR at the time when most of the States joined this treaty. This clearly needs careful and sensitive consideration given the consent-based underpinnings of Convention obligations in the international law of treaties. This situation is probably common to the development of the law by a number of international tribunals if we remember that any case law is subject to change, but equally it should be understood that some treaty-regimes are more sensitive than others and may require more diligent analysis, with due respect for the specific circumstances of the cases under examination.

Comment [SUI106]: We do not think there is an issue under the international law of treaties regarding the validity of consent expressed by the Contracting Parties

37. An additional concern may arise where the ECtHR deviates from general international law without doing so in a consistent and coherent manner way.⁶³ This concern is compounded where explanation of the underlying reasoning for why and how it does so is also absent. This creates uncertainty for the Contracting Parties to the Convention, as they unable-may find it difficult to predict the way in which the Court will interpret the rules on attribution in future cases and thus in practice they are left unaware of scope of their obligations under the ECHR (often matters of the greatest political and/or security sensitivity).

39. Occasional Apparent inconsistencies in the ECtHR's interpretation of "jurisdiction" can, in some cases, make it difficult for a High Contracting Party to the ECHR to determine whether the Court will consider a person to be within its

⁶¹ Jane M. Rooney" The Relationship between Jurisdiction and Attribution after Jaloud v. Netherlands"// Neth Int Law Rev 2015 vol.62 p.p.407–428 , Kristen Boon Are Control Tests Fit for the Future? The Slippage Problem in Attribution Doctrines// Melbourne Journal of International Law, Vol. 15, No. 2, 2014

⁶² Eg. Loizidou

⁶³ In this respect see the "Conclusions of the 'round table' on cooperation between the Russian Federation and the European court of Human Rights" of 20-121 January 2015, circulated in the Committee of Ministers, DH-DD(2015)265, 6 March 2016.

jurisdiction. Inconsistent and insufficiently reasoned case law of the ECtHR will result in unpredictability and uncertainty among the States as to how their actions might be qualified by the ECtHR. Providing legal certainty is central to the legitimacy of the ECtHR and the maintenance of its effectiveness and authority as an independent and competent judicial institution, which is authorised to control proper fulfillment of obligations of the States under the Convention and effectively guarantee the rights of those within their jurisdiction.

46. In its case law the ECtHR has affirmed that the state's jurisdiction as referred to by Article 1 is "primarily territorial". In its *Banković* decision the Court found that "State practice in the application of the Convention since its ratification to be indicative of a lack of any apprehension on the part of the Contracting States of their extra-territorial responsibility in contexts like the case in question". The Court relied also on the travaux préparatoires of the Convention refusing to apply to Article 1 its own concept of the interpretation of the Convention as a "living instrument". The Court also refused to refer to the practice of other international human rights bodies.

52. In its decision in *Isma* dealing with the alleged killings of Iraqi shepherds by Turkish soldiers on the territory of Iraq, the Court found that "Article 1 of the Convention cannot be interpreted so as to allow a State Party to perpetrate violations of the Convention on the territory of another State, which it could not perpetrate on its own territory". The Court reached that conclusion relying on the very same decision of the Human Rights Committee that it refused to apply in *Banković* case.

[...]

The caselaw since *Al-Skeini*

[...]

62. Whilst not entirely clear, this finding may suggest that the Court was applying the "State agent authority" test. If so, it is unclear what role the existence of the checkpoint played. It has been suggested by commentators that this was intended as factor limiting the application of the "State agent authority" test, but the Court does not make clear whether this was indeed the intention and if so, how the limitation operates.

67. For many commentators the *Bankovic* judgment remains the clearest statement of principle on the extraterritorial application of the Convention.⁶⁴ It provides some important "bright lines" by way of guidance on the primarily territorial aspect of the Convention that permits only few exceptions that the Court hitherto had been slow to find. Firstly the Court's finding in *Bankovic* that the scope of "jurisdiction" for the purposes of Article 1 should not be the subject of evolutive interpretation. The risks of taking an evolutive approach to such a fundamental question as the territorial application of the Convention carries with it clear risks to the stability and

Comment [SUI107]: It could be useful to quote the relevant paras from the *Bankovic* decision (§§64-65) since they are more nuanced on this

Comment [SUI108]: It would be welcome to quote this decision of the Human Rights Committee as well as the para number from the *Bankovic* case whereby the Court refused to apply it

Comment [SUI109]: There is no mention of *Hassan v. UK*, which is particularly important regarding the relationship of the ECHR and IHL. Referring to *Al-Skeini*, the Court confirms its case-law on the extraterritorial applicability of the ECHR, in particular the exceptions to the principle of territoriality, e.i. (1) the "state agent authority", (2) "effective control" and (3) "espace juridique". In line with *Al-Skeini*, the Court applies the exception of "state agent authority". The Court's case-law thus appears to be coherent.

Comment [SUI110]: In our view, this passage should be checked against *Hassan v. UK* (cf. our remarks re "The caselaw after Al Skeini").

Comment [SUI111]: See comment under §46

⁶⁴ see Marko Milanovic "Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg"// The European Journal of International Law 2012 Vol. 23 no. 1

*

predictability of the caselaw, giving rise to genuine difficulties for States in seeking to meet the Convention's requirements.

70. In relation to the question of dividing and tailoring Convention rights as we have seen the Court has gone further and, apparently overturned its finding on this *Bankovic*, and found that in situations where a State agent, acting outside the State's territory, exercises control and authority over an individual, the State must secure the rights "that are relevant to the situation of that individual". The concern here is for the coherence and integrity of the guarantees of the Convention as they have been elaborated systematically in the caselaw of the Court. The ever-increasing sophistication in the body of interpretative jurisprudence on the Convention rights and the Court's emphasis on the effectiveness of the Convention Guarantees, mean that simply to say a given Article of the Convention is "relevant" to a particular situation is likely to raise as many questions as it answers. In the Court's jurisprudence many Convention rights, as well as having close interrelations, now include additional positive and/ or procedural obligations, and require the interaction of a number of State organs to ensure their effective guarantee. In many of the situations in which the Court has found the Convention applies extra-territorially the respondent State has had (entirely appropriately) only limited powers that would not equip it to ensure the effective application of the Convention. The result of the "dividing and tailoring" of the Convention in these circumstances is likely to do increase the legal uncertainty, rather than provide effective protection of Convention rights.

72. A parallel expansion of the extraterritorial reach of the Convention by use of broad and highly contextual criteria has also been observed in recent case law on the question of "effective control of an area". In choosing the term "effective control" the Court appears to have taken up a concept familiar to international law, but as basis for attributing the conduct of one entity to another in the law of State responsibility . Nevertheless in the earlier caselaw such as *Loizidou* which was based on a sufficient military presence to enable the State in question to exercise genuine "control" of the territory, has is closest analogy in international law in the law of belligerent occupation. Although not directly relevant, it is perhaps instructive to consider the Art 42 of the Hague Regulations, which provides: [...]

Comment [SUI112]: This conclusion seems exaggerated and lacks an adequate basis in the previous developments and examples

Theme 1, subtheme iii)

2. The Charter system envisages a sophisticated structure of organs, each with its own defined areas of activity and responsibilities, powers, procedures and working methods. And the relationships between the organs and between the ~~the~~ organisation and its member States is governed by a complex body of law and practice stemming from the Charter itself. The Charter is therefore the supreme law of the organisation, and given the universal vocation of the UN as the world's central political organisation charged with the maintenance of international peace and security, the Charter is of central

constitutional significance in the international political and legal systems. In the present context, there are two particularly striking features of the Charter, which are unprecedented in international law and demonstrate the commitment of the member States to ensuring the effectiveness of the UN system in core role of maintaining international peace and security. The first is the executive authority given to the Security Council, ~~and~~ organ of 15 member States which operates through a special system of majority voting, and has the power to take decisions which the whole of the membership have a legal obligation to implement (explored in the next section). The second feature is Article 103 of the Charter according to which in case of any conflict between obligations arising on the member States under the Charter and obligations arising under other international agreements, Charter obligations should prevail.

3. The guarantee of the supremacy of UN obligations over other international obligations contained in Article 103 is a unique in the horizontal system of international law that operates between sovereign States. Its special place is reflected in Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. In legal terms it is a vital provision that ensures that UN obligations are carried out effectively by the member States. If just as a State cannot invoke its own internal law as justification of a failure to observe a treaty obligation, States therefore may can not invoke other treaty obligations to justify a failure to observe an obligation arising under the UN Charter. Importantly for present purposes obligations arising under mandatory decisions of the Security Council are to be considered obligations as obligations arising under the UN Charter for the purposes of Article 103.⁶⁵ Article 103, however, does not provide for a hierarchy among conflicting UN Charter obligations.

4. Under Article 24 of the UN Charter, the Security Council is charged with the primary responsibility for the maintenance of international peace and security:

In order to ensure prompt and effective action by the United Nations, its Members confer on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security, and agree that in carrying out its duties under this responsibility the Security Council acts on their behalf. (emphasis added)

8. There has been a greater willingness among States to deploy troops under a UN command in peacekeeping operations. During the Cold War, when the Security Council was frequently paralysed from authorising the use of force under Article 42, the Security Council was more successful in developing its practice of deploying international troops to maintain a peace, once the warring parties had agreed to suspend fighting. Classically these peacekeeping forces were lightly armed and deployed with the consent of the relevant territorial State(s), and authorised to provide a barrier between opponents and only to use force in self-defence. However over time, and with a greater degree of consensus in the Security Council that is now possible in the post-Cold War era, mandates of UN peace-keeping force have developed to-and can include, on occasion, the authorisation of the use of force under Chapter VII in peace stabilisation operations, for example to ensure the delivery of humanitarian assistance.

⁶⁵ Reference to the Lockerbie decision of the ICJ

Comment [SUI113]: The wording of the Charter is "primary", not "sole". In the light of notably Article 24 §2 of the Charter, the SC is thus not above, but bound by the Charter (see, inter alia, Article 24 §2 of the Charter: "In discharging these duties the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations. ..."). Failure to do so will necessarily leave room for approaches seeking to harmonize competing/conflicting Charter obligations. Given the devastating effects such approaches may have on the effectiveness, there is a need to phrase SC Resolutions in way respecting basic human rights, such as due process or habeas corpus. It is thus not surprising that the Charter repeatedly stresses the importance of the respect of human rights (§2 of the Preamble, Article 1 §3 and Art. 55 letter c).

Comment [SUI114]: Art. 24 of the Charter should be quoted entirely as its §2 is not irrelevant in the present context.

Equally, rather than deploying a UN force, the Security Council may authorise a regional organisation or particular member States to carry out post-conflict peace stabilisation operations, including the possibility of using force.

2. The caselaw of the European Court of Human rights and Security Council resolutions

17. However subsequent cases, which interestingly involved the implementation of more targeted sanctions, have required a more direct consideration of relevant UN Security Council resolutions. In *Nada* the applicant was subject to a travel ban imposed on him pursuant to what the then sanctions regime against the Taliban and Al Qaeda, under UNSCR 1267 (1999) and a number of following resolutions. The particularities of the case were that the applicant lived in an Italian enclave surrounded by Swiss territory, and the effect of the Swiss authorities decisions, pursuant to the relevant UNSCRs, not to permit him to traverse Swiss territory, effectively confined him to that enclave. As such he claimed, amongst others, to have been denied access to healthcare infringing his rights under Article 8 and without a remedy in Swiss law contrary to Article 13.

18. [...]

The difficulty picked up by some of the judges in one of the Separate Opinions is how real the “latitude” in national implementation was under the relevant UNSCRs.

20. Most recently, the Court has considered the interaction of the ECHR and UN sanctions in *Al Dulimi v Switzerland*. The case concerned targeted sanctions against named persons associated the former regime in Iraq following the overthrow of Saddam Hussein in 2003, which required the freezing of assets of named persons and their transfer to the Development Fund for Iraq. When the applicants sought judicial review of their listing before the Swiss Courts, the Federal Court found that whilst certain procedural questions relating to the listings and proposed confiscations could be subject to domestic judicial review, the underlying substantive question of whether the applicants should have been included on the list the validity of the inclusion of the applicant's name on the list was a question exclusively for the Security Council, and therefore outside the jurisdiction of the Federal Court

21. In a judgment of 2013, a Chamber (Second Section) of the Court, found the case admissible *ratione personae*, despite the Respondent State's arguments that the impugned acts were acts required by a mandatory decision of the Security Council which, as a matter of international law, had primacy over obligations arising from other international agreements. The Second Chamber again stressed that its focus was on the Swiss implementing measures, which it sought to address separately from the Security Council resolutions requiring Switzerland to adopt those measures. Before reaching its decision on the merits, the majority considered whether the delisting process of the UN Security Council offered “equivalent protection” to the protections of the Convention, concluding that they did not. And when it came to the merits the majority found that until there was an effective and independent judicial review process available at the UN

Comment [SUI115]: The conflicts between the Resolutions of the SC and the case-law of the ECHR, highlighted by the rapporteurs, mainly concerns issues of interpretation. The authority of the SC has (rightly) not been questioned by regional Courts. The subsequent parts of this sub-chapter, however, tend to ignore or, at least, do not give due weight to this significant distinction and should accordingly be reworked.

Comment [SUI116]: The report mentions separate opinions on different occasions and seems to give them too much weight (see §§ 21, 24 and 30). It is rather suggested to focus on other sources/arguments

Comment [SUI117]: One may wonder if such an in-depth analysis of the Chamber judgment, which was subsequently replaced by Grand Chamber judgement, is really useful. We thus suggest to delete this para.

level, it was essential that listed persons should be able to bring a judicial review of measures taken pursuant to the sanctions regime. The non-availability of judicial review of the measures in Switzerland resulted in a disproportionate interference with the applicants' right of access to a court under Article 6, and there was therefore a violation of the Convention. It might be added that there were strong dissenting and partly dissenting opinions.

Comment [SUI118]:

24. The above survey of the Court's decisions demonstrates that the interaction of the Convention and binding decisions of the UN Security Council raises complex questions in relation to which the Court has taken a variety of different approaches. It is also notable that in a number of cases individual Judges have attached separate and dissenting Opinions, often rather trenchantly expressed. As a result the body jurisprudence on these issues is in the process of development, and suggests that the Court as a whole has yet to settle on a legal theory or explanation of these interactions that is fully satisfying.

Comment [SUI119]: See related comment in § 18

28. In some of its caselaw, rRather than applying Article 103 to give precedence to obligations under a UNSCR, the Court seeks to aims at avoiding accepting that a conflict~~s~~ has arisen between a Convention right and an obligation arising under the UN Charter. In this respect the Court has adopted a presumption that Security Council resolutions should be interpreted so as to avoid finding any incompatibility with human rights under the Convention. If the proper goal of the interpreter is to reflect the intentions of the Council it is not clear what basis such a presumption has. If, as the Court's caselaw appears to suggest, its effect is were that States' compliance with a SCR is thereby conditioned by observance of Convention rights, even where that affects the ability of States to comply with a clear requirement of the SCR, then it will might impair the Security Council's discretion to take effective measure to maintain peace and security. Such a view would takes little account of the international context in which the Security Council adopts measures under Chapter VII, which by definition are situations of a threat to international peace and security, a breach of the peace or an act of aggression. It hardly needs saying that situations of this type that occur at the national level, are likely to entitle a State to derogate from many of its ordinary human rights obligations. However, the Grand Chamber in Al Dulimi took into account the nature and purpose of the measures adopted by the Security Council by limiting the required scrutiny (under Article 6 of the Convention) to arbitrariness (Al-Dulimi, § 146).

Comment [SUI120]: It seems coherent to mention also that the Court is aware of the inherent risks of any "decentralized" judicial control and duly reflects them in its case-law.

30. In relation to UN sanctions, the Court has sought to emphasise that its judgments are addressed to actions of the member States implementing Security Council decisions rather than decisions of the Security Council themselves. In this respect a parallel may be drawn with the approach of the CJEU in cases such as *Kadi*, which sought to focus on the EU measures taken to implement the relevant UN sanctions, and which the Strasbourg Court duly cited. The difficulty that such an approach can entail for States is that in relation to sanctions the obligations to freeze assets or impose travel bans etc are obligations of result imposed by the Security Council. The discretion or latitude left to States by Security Council decisions is likely to be extremely limited on these matters, not least given the Council's concern to ensure consistency and effectiveness in the

application of the sanctions. This is recognised by a number of the judges issuing separate or dissenting opinions.⁶⁶

Comment [SUI121]: See related comment in § 18

32. It is important to keep in mind that the Security Council is best-placed to ensure that its decisions are not only soundly based and properly substantiated, but also and that appropriate mechanisms and review processes are in place for listing and delisting⁶⁷. Although reaching agreement at the international level is a complex, recent years have seen significant developments in the Council's practice in both respects. Member States of the Council, and notably those who are members of the EU and parties to the ECHR, are very much more stringent in ensuring an adequate evidential basis exists to justify listings. Procedures for delisting have also seen some improvements with the appointment of a focal point to which individuals can send delisting requests, and in the case of sanctions against ISIL (Daesh) and Al Qaeda the appointment of an independent and impartial Ombudsperson. Whilst there is a need may be room for further improvements, they are likely to be incremental as they depend on reaching agreement within the Security Council.

Theme 1, subtheme iv)

1. Introduction

[...]

International Humanitarian Law or the law of armed conflict is a specific body of law that applies to situations of armed conflict. It does not cover internal tensions or disturbances such as isolated acts of violence that do not reach the threshold of an armed conflict. It will govern the activities of those engaged in armed conflict. As such it is a specialised body of law designed to be applied in situations where the usual processes of social ordering have broken down or are under threat. It has its own particular characteristics, but its primary aim is to limit the effects of armed conflict by ensuring ensure that considerations of humanity continue to be weighed against the requirements of military necessity in armed conflict situations.

Comment [SUI122]: IHL applies as soon as a situation amounts to an armed conflict. The breaking down of social ordering is not necessary to trigger the application of IHL.

The content of IHL differentiates to some extent between: (a) situations of international armed conflict (IAC) (i.e. conflict between two or more States); (b) situations of non-international conflict (NIAC) (conflict between one or more States on the one part and one or more non-State armed groups on the other part, or conflict between two or more non-State armed groups); and

⁶⁶ Several judges have explicitly recognized this in their separate or dissenting opinions. In *Nada* see the concurring Opinions of Judges Bratza, Nicolau and Yudkivska and Judge Malinverni. In the Chamber judgment of *Al Dulimi* the point is made powerfully by Judge Lorenzen, joined by Judges Raimondi and Jociene, and in the Grand Chamber by Judge Nussberger as well as Judges Ziemele and Keller.

⁶⁷ The Court noted that the UN sanctions system, and in particular the procedure for the listing of individuals and legal entities and the manner in which delisting requests are handled, had received very serious, reiterated and consistent criticisms so that access to these procedures could not replace appropriate judicial scrutiny (see *Al-Dulimi* Grand Chamber judgement § 153).

(c) situations of occupation (i.e. where the armed forces of one State occupy territory belonging to another State).

The Geneva Conventions and their Additional Protocols are at the core of IHL. In relation to IHL applicable to international armed conflicts, the most important in relation to the law of international armed conflict many of the primary rules are codified in the four Geneva Conventions of 1949 and in Additional Protocol I of 1977, which have been widely taken up by States. In addition there are a large number of other treaties that make up the corpus of IHL and may apply in a given situation, and customary international law is as well still a significant source of the law applicable to IAC. Of particular note for present purposes are the provisions of the Third Geneva Convention on Prisoners of War, the Fourth Geneva Convention on the Protection of Civilians (including in situations of belligerent occupation), and Protocol I which developed the law further on both subjects.

IBy contrast, in relation to non-international armed conflict much of the law remains uncodified, although there are important provisions in conventional law notably Common Article 3 of the Geneva Conventions and Protocol II of 1977. It is therefore often more necessary than in international armed conflicts to turn to customary international law to determine the content of the law in a situation of non-international armed conflict. The law is based on the same fundamental principles of necessity, humanity, precaution and proportionality as underlie the law on IAC, but is adapted in particular for its application in conflict involving non-State armed groups.

[...]

As noted above, IHL has developed as a body of legal standards applicable to the very specific context of armed conflict, to ensure respect for basic standards of humanity often in a context where ordering principles of society have broken down or are under threat deliberately through organised violence. Given that goal, and the fact that both IHL and international human rights law developed in the Post WW II period in reaction to the horrors that occurred during the immediately preceding period, it is notable that for a long time the two bodies of law developed in parallel but largely separately.

[...]

To the extent that both bodies of law may overlap, the key issues are likely to include:

- how the right to life in Article 2 applies in the conduct of hostilities (including for example its interaction with the law on targeting);
- how Article 5 applies to the detention of prisoners of war or internment of civilians in international armed conflict as well as deprivation of liberty in non-international armed conflict;
- how Article 1 of Protocol I applies to persons displaced from their property by armed conflict;
- how far a Contracting Party to the ECHR which is an Occupying Power in belligerent occupation of territory has to apply the ECHR to persons within the occupied such territory.

Comment [SUI123]: Common Article 2 § 2 of the Geneva Conventions read as follow: *The Convention shall also apply to all cases of partial or total occupation of the territory of a High Contracting Party, even if the said occupation meets with no armed resistance.*

Comment [SUI124]: What about the principle *nullem crimen sine lege?*

2. The approach of the European Court of Human Rights to situations of armed conflict

Whilst there have been a considerable number of applications to the Strasbourg Court arising from situations of armed conflict, there are in fact relatively few in which the Court has had to consider the application of IHL and its relationship to the ECHR. Two factors may be deduced in the explanation of this. Firstly States may deny that a non-international armed conflict is occurring on its own territory and therefore that IHL applies. there may well be a reluctance on the part of States to characterise particularly a situation of internal disturbance as one of non-international armed conflict. As a result a State may not seek to defend its actions before the Strasbourg Court by reference to IHL, but rather seek to rely the right ultimately to use forcible means to enforce law and order. The second, according some authors and members of the Court, is that in recent years there has been an evolution in the Court's approach to these questions to a more open attitude to IHL. A number of stages to that evolution have been identified.

(a) Cases in which military action is adjudicated without reference to IHL

At the starting point of this evolution, authors have identified an initial reticence on the part of the Court to consider the provisions of IHL. Often cited in this respect are cases involving the response of the Turkish military to disturbances in South Eastern Turkey by Kurdish groups. In response to the situation the Turkish Government had sought to derogate from some of its obligations under Article 15, but did not seek to defend itself on applications before the Court by reference to IHL, and perhaps unsurprisingly the Court was able to decide the various applications by reference to the ECHR alone and without reference referring to IHL. Similarly in the case of *Isayeva v Russia* (concerning deaths and injuries to IDPs as a result of the military led response to Chechen separatist violence around Grozny) the Court determined the case on the basis of the ECHR alone, despite the Claimants submissions that the military action contravened IHL, and the Court's own reference to the situation as one of armed conflict.

(b) Cases in which secondary reference is made to IHL

In some cases, the ECtHR has acknowledged provisions of IHL as part of the legal context in which the ECHR applies. In *Loizidou v Turkey* for example, in establishing Turkey's responsibility under the Convention for the denial to the applicant of enjoyment of her property in northern Cyprus, the Court based its findings on the effective control exercised by Turkish military forces over that region. Subsequently in *Varnava v Turkey* (concerning missing persons following Turkey's military operations in northern Cyprus in 1974), the Court considered the application of Article against the context of IHLin the following terms: [...]

(d) Cases which examine IHL, but exclude it

In the case of *Sargsyan v Azerbaijan* (concerning a claim by an IDP claiming that his inability to return to his home in a village (Gulastan) at the frontline of the Nagorno-Karabakh conflict, was an interference with his right to property (Art. 1 Protocol1) and his home (Art 8)).

3. Challenges and possible solutions

[...]

Any reconciliation must take account of the nature of conflict. These are situations in which the costs of both action and inaction can have profound consequences on the lives of those affected (both combatants and non-combatants); and where decisions may have to be made very quickly and at times on the basis of limited information, sometimes at the level of the individual soldiers, in the context of ongoing violence whether actual or threatened. In that sense the IHL is undeniably a *lex specialis* that has been fashioned specifically to be applied in armed conflict situations in order to uphold its underlying core principles.

[...]

Adopting a similar solution in relation to NIACs may be possible in some respects, but there may be additional complexities. A first set of complexities arises from very different circumstances in which NIACs can occur. There may be threshold questions about the existence of NIAC, for example States may be disinclined to characterise a situation on its own territory as a NIAC. There may be other situations where the forces of one State are assisting another State in prosecuting a NIAC where the application of the ECHR at all may be disputable, where for example the assistance is limited and the territorial State is not itself a Contracting Party to the ECHR. There may be still other circumstances where there is an international coalition which is taking military action against a non-State actor in the territory of a State which is unwilling or unable to take action against the non-State actor.

TURKEY / TURQUIE

Theme 1, subtheme ii)

48. The ECtHR noted four categories of extraterritorial jurisdiction in its caselaw, each of which should be “exceptional and require special justification” :

[...]

iii) Effective control cases : where as a consequence of military action (lawful or unlawful) a Contracting Party exercises effective control of an area outside its national territory, (based on the line of ECtHR cases starting with *Loizidou v. Turkey and Cyprus v. Turkey*)~~cases stemming from the occupation of the Northern Cyprus by the Turkish military forces~~; and

53. In its decision in *Pad and others v. Turkey*, the Court dealt with the applications of Iranian nationals that concerned alleged killing death of their relatives killed by a Turkish military helicopter near the Turkish border. Following its reasoning in the *Issa* judgement the Court held that Turkey could potentially be liable under the personal mode of jurisdiction in a clear departure from the *Banković* decision and despite striking resemblance of factual circumstances with the *Banković* case.