



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Rechtspraak Europees Hof voor de Rechten van de Mens,
25 januari 2023 (Oekraïne en Nederland t. Rusland)**

Lawson, R.A.

Citation

Lawson, R. A. (2023). Rechtspraak Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 25 januari 2023 (Oekraïne en Nederland t. Rusland). *Nederlandse Jurisprudentie*, 2023(19), 3175-3205. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3674325>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3674325>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

NJ 2023/175

EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

25 januari 2023, nr. 8019/16, nr. 43800/14, nr. 28525/20

(S. O'Leary, G. Ravarani, M. Bošnjak, P. Pastor Vilanova, G. Yudkivska, K. Wojtyczek, F. Vehabović, I.A. Motoc, J.F. Kjølbros, Y. Grozev, S. Mourou-Vikström, T. Eicke, L. Hüseyinov, J. Ilievski, J. Schukking, E. Wennerström, A. Seibert-Fohr) m.nt. R.A. Lawson*

Art. 1, 35 lid 1 EVRM

O&A 2023/22

NJB 2023/331

ECLI:CE:ECHR:2022:1130DEC000801916

Gevoegde interstatelijke klachten betreffende Russische oorlogshandelingen in Oost-Oekraïne (Donbass) vanaf maart 2014, waaronder het neerschieten van Malaysian Airlines vlucht MH17 op 17 juli 2014. Rechtsmacht in de zin van het EVRM. Uitputting van nationale rechtsmiddelen. Termijn voor indienen van de klacht. Ontvankelijkheidsbeslissing.

Het begrip 'rechtsmacht', in de zin van het EVRM, heeft betrekking op twee verschillende begrippen: ten eerste de rechtsmacht van het Hof om verzoekschriften te ontvangen en te beoordelen (artt. 19 en 32 EVRM) en ten tweede het recht en de plicht van de Verdragsstaat aan 'eenieder die ressorteert onder [zijn] rechtsmacht' de rechten te verzekeren die in het Verdrag zijn vastgesteld (art. 1 EVRM). Wil een vermeende schending van het EVRM binnen de rechtsmacht van het Hof vallen, dan moet eerst zijn vastgesteld dat die binnen de rechtsmacht — in de zin van art. 1 EVRM — van een Verdragsstaat komt. Pas als dit het geval is, kan het Hof toekomen aan inhoudelijke beoordeling van een klacht.

Het kader voor interpretatie en toepassing van art. 1 EVRM is in de loop van de jaren ontwikkeld in de jurisprudentie van het Europese Hof en de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens. De toepasselijke beginselen zijn geëvolueerd met het oog op de doelmatige bescherming van mensenrechten in een hoofdzakelijke regionale context. De oorsprong ervan gaat verder terug dan de Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts van de International Law Commission (ARSIWA), die pas zijn aangenomen in 2001; bij het formuleren van ARSIWA werd rekening gehouden met de op dat tijdstip reeds bestaande Straatsburgse jurisprudentie.

Aangenomen wordt in beginsel dat een Verdragsstaat binnen zijn eigen territorium op normale wijze rechtsmacht uitoefent en dat hij dat daarbuiten niet doet; maar beide aannames zijn weerlegbaar. Voor het aannemen van extraterritoriale rechtsmacht zijn

de twee voornaamste criteria effectieve controle van de Verdragsstaat over een bepaald gebied (het ruimtelijke model, rechtsmacht *ratione loci*) en uitoefening door (een) vertegenwoordiger(s) van de Verdragsstaat van autoriteit en controle over een individu (het persoonlijk model, rechtsmacht *ratione personae*).

Waar een Verdragsstaat extraterritoriaal controle uitoefent over een bepaald gebied, hetzij door middel van de eigen strijdkrachten, hetzij door middel van een ondergeschikt plaatselijk gezag, is er sprake van rechtsmacht *ratione loci*. Het betrokken gebied wordt beschouwd als niet te onderscheiden van het eigen territorium van die Verdragsstaat en de verplichtingen aldaar van de Verdragsstaat zijn ook dezelfde.

Een Verdragsstaat kan extraterritoriaal autoriteit en controle over een individu uitoefenen onder meer door deze persoon gevangen te houden of anderszins te beperken in zijn of haar bewegings- of handelingsvrijheid of ook door geïsoleerde en afzonderlijke geweldsdaden waarbij een 'element van nabijheid' (element of proximity) bestaat, zoals onder meer — buiten oorlogssituaties — bij buitengerechtelijke gerichte uitoefening van dodelijk geweld. In dit, persoonsgebonden, model geniet de betrokkene jegens de desbetreffende Verdragsstaat de Verdragsrechten die voor hem of haar in zijn of haar situatie relevant zijn.

Rechtsmacht kan ontbreken gedurende de 'actieve fase van de vijandelijkheden in de context van een internationaal gewapend conflict', als de situatie te chaotisch is om vast te stellen of een Verdragsstaat controle uitoefent over een bepaald gebied of een individu.

De onderzoeksplicht op grond van art. 2 EVRM ten aanzien van sterfgevallen buiten het eigen territorium van de Verdragsstaat heeft zich ontwikkeld tot een zelfstandige verplichting die kan ontstaan indien er een rechtsmachtverhouding (jurisdictional link) met de desbetreffende Verdragsstaat bestaat, hetgeen onder meer het geval kan zijn wanneer deze Verdragsstaat krachtens eigen recht zodanig onderzoek doet naar dat sterfgeval.

Het Hof stelt vast dat Rusland tenminste vanaf 11 mei 2014, de dag waarop in de bezette gedeelten van Donetsk en Luhansk 'onafhankelijkheidsreferenda' plaatsvonden, rechtsmacht over het betrokken gebied uitoefende. Het Hof komt — in weerwil van de Russische ontkennings — tot die conclusie in het licht van zijn feitelijke vaststellingen aangaande onder meer de Russische militaire aanwezigheid ter plaatse, de rechtstreekse Russische militaire steun aan de separatisten, de Russische materiële steun in de vorm van wapens en ander materieel, door de Russische strijdkrachten vanuit Russisch grondgebied gegeven artilleriesteun, Russische politieke steun aan de separatisten (onder meer door in de VN-Veilighedsraad een veto uit te spreken tegen de oprichting van een internationaal MH17-tribunaal) en Russische economische steun aan de separatisten. Voor wat betreft MH17 komt het Hof op grond van het Nederlandse onderzoek tot de conclusie dat het vliegtuig is neergeschoten vanuit bezet gebied en dus dat het neerschieten van het vliegtuig binnen de Russische territoriale rechtsmacht valt. Niet kan worden gezegd dat de situatie ter plaatse zodanig

* Prof. dr. R.A. Lawson is hoogleraar Europese bescherming van de Rechten van de Mens aan de Universiteit Leiden.

chaotisch was dat van Russische rechtsmacht geen sprake kon zijn.

Bij statenklachten geldt onverkort dat de bestaande nationale rechtsmiddelen moeten worden uitgeput (art. 35 lid 1 EVRM). Het is echter niet de klagende Verdragsstaat zelf die de rechtsmiddelen moet uitputten, maar het slachtoffer c.q. diens erfgenamen. Indien evenwel wordt geklaagd over een 'administrative practice', niet over de schending van Verdragsrechten van een individu als zodanig, hoeven rechtsmiddelen niet te worden uitgeput.

Evenzo geldt in beginsel ook bij statenklachten dat de klacht binnen zes maanden na uitputting van de rechtsmiddelen moet worden ingediend, of – als er geen effectief rechtsmiddel is – binnen zes maanden nadat de vermeende schending zich heeft voorgedaan (art. 35 lid 1 EVRM. NB: deze termijn is nu teruggebracht naar vier maanden.) Dit is echter anders als geklaagd wordt over een voortdurende situatie. In dat geval moet de klacht worden ingediend zodra duidelijk is geworden dat er geen afdoende rechtsmiddel is, of – in geval van een voortdurende situatie – binnen zes (nu vier) maanden nadat deze situatie heeft opgehouden te bestaan.

Het Hof verwerpt de stelling van de Nederlandse regering dat de Russische weigering deugdelijk onderzoek te doen naar het neerschieten van MH17 gelijk te stellen is aan een voortdurende situatie. In plaats daarvan is sprake van vermeende schendingen van Verdragsrechten van individuen, vergelijkbaar met gevallen waarin diplomatieke bescherming wordt uitgeoefend krachtens algemeen volkenrecht. Niettemin moet worden vastgesteld dat de Russische autoriteiten consequent alle betrokkenheid bij het neerschieten van het vliegtuig ontkennen. Dit, en het ontbreken van elk Russisch onderzoek naar de gebeurtenis, doet twijfelen aan de effectiviteit van enig door Rusland geboden rechtsmiddel.

Nu Rusland alle betrokkenheid blijft ontkennen en elk Russisch onderzoek achterwege is gebleven, heeft Nederland (met het Joint Investigation Team (JIT)) zelf zeer uitgebreid en gedetailleerd onderzoek verricht. Daarnaast heeft de Nederlandse regering, met die van Australië, vanaf mei 2018 vergeefs gebleken pogingen gedaan Rusland aansprakelijk te houden voor schendingen van internationaal recht en schadevergoeding te verkrijgen. Hoewel deze pogingen niet kunnen worden beschouwd als 'rechtsmiddel' in de zin van art. 35 lid 1 EVRM, was het legitiem dat Nederland eerst deze, door het internationale recht geboden, mogelijkheid beproefde alvorens zijn klacht in te dienen bij het Hof. Niet kan worden gezegd dat de Nederlandse regering met haar klacht zolang heeft gewacht dat het Hof die niet meer behoorlijk kan beoordelen: integendeel, juist door het onderzoek van het JIT en van Nederland zelf zijn de feiten aan het licht gekomen. In deze, uitzonderlijke, situatie kan aan Nederland de destijds geldende termijn van zes maanden niet worden tegengehouden.

Oekraïne en Nederland
tegen
Rusland

EHRM:

(post alia)

V. Jurisdiction

A. General

503. The English term 'jurisdiction', in the context of the Convention, refers to two separate, but related, matters.

504. The first is the Court's own jurisdiction pursuant in particular to Articles 19 and 32 of the Convention (or '*compétence*' in French) to receive an application and to determine it. This requires, for example, examination of its *ratione personae* jurisdiction (for example whether, in the context of an individual application, an applicant may be considered a 'victim' for the purpose of Article 34) and its *ratione materiae* jurisdiction (for example whether the right relied upon is protected by the Convention and the Protocols thereto and the matters complained of fall within their scope). The Court has consistently underlined that it must satisfy itself that it has jurisdiction in any case brought before it and is therefore obliged to examine the question of its jurisdiction at every stage of the proceedings (see *Blečić v. Croatia* [GC], no. 59532/00, § 67, ECHR 2006-III).

505. The second concerns the jurisdiction of the High Contracting Parties, since their Article 1 obligation requires them to secure Convention rights and freedoms to 'everyone within their jurisdiction'.

506. In order for an alleged violation to fall within the Court's Article 19 jurisdiction to 'ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties', it must first be shown to fall under the Article 1 jurisdiction of a High Contracting Party. It is for this reason that the Court has described Article 1 jurisdiction as a threshold criterion (see *Ilaşcu and Others*, cited above, § 311; *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 55721/07, § 130, ECHR 2011; and, most recently, *Georgia v. Russia (II)*, cited above, § 129). In its recent decision in *Ukraine v. Russia (re Crimea)* (cited above, § 264), it explained that the question whether the case fell within the jurisdiction of the respondent State was a preliminary issue to be determined before any assessment of the merits of the substantive allegations could take place.

507. Establishing the existence of Article 1 jurisdiction is not necessarily determined by the merits of the case, and it is not therefore necessarily to be left to be determined at the merits stage of the proceedings. There is nothing to prevent the Court from establishing already at this preliminary (admissibility) stage whether the matters complained of by the applicant Governments fall within the jurisdiction of the respondent Government (see *Ukraine v. Russia (re Crimea)*, cited above, §§ 264-65 and 303 et seq.).

B. Article 1 jurisdiction

1. The parties' submissions
(Enz., *red.*)

2. Third-party submissions
(Enz., *red.*)

3. The Court's assessment

(a) Introductory remarks

547. The Convention organs have developed a framework for the interpretation and application of Article 1 of the Convention. The relevant principles have evolved with a view to the effective protection of human rights in a largely regional context. Their origins pre-date the ARSIWA (A 85–88), which were only adopted in 2001 and took into account the prior case-law of the Convention organs when formulating the relevant rules under international law.

548. The Court's case-law demonstrates that the assessment of whether a respondent State had Article 1 jurisdiction in respect of complaints about events outside that State's formal territorial borders may involve consideration of *ratione loci* or *ratione personae* jurisdiction, or both. Where the principal argument is that the respondent State exercised effective control over an area, the question that arises is, essentially, whether that area can be considered to fall within the *ratione loci* jurisdiction of the respondent State, with all the attendant rights and responsibilities that entails, notwithstanding the fact that it falls outside its territorial boundaries. Where the argument is rather that the victims fell under State agent authority and control in territory which the State did not control, the principal question will be whether the respondent State exercised *ratione personae* jurisdiction.

549. Even in cases where it is established that the alleged violations occurred in an area under the respondent State's effective control (and thus within its *ratione loci* jurisdiction), the latter will only be responsible for breaches of the Convention if it also has *ratione personae* jurisdiction. This means that the impugned acts or omissions must have been committed by State authorities or be otherwise attributable to the respondent State.

550. The Court has consistently explained that issues of attribution and the responsibility of the respondent State under the Convention for the acts complained of fall to be examined at the merits phase of the proceedings (see, recently, *Ukraine v. Russia (re Crimea)*, cited above, § 266, and the references cited there). It is, however, important to clarify that this concerns the evidential question whether the act or omission complained of was in fact attributable to a State agent as alleged. It does not preclude an assessment, at the admissibility stage, of whether particular individuals or entities could be considered State agents such that any actions shown at the later merits stage to have been taken by them would be capable of giving rise to the responsibility of the State (see, for example, the approach taken in the Commission's decision of 26 May 1975 in *Cyprus*

v. Turkey, nos. 6780/74 and 6950/75, D.R. 2, p. 125 at p. 137, and its subsequent report, cited above, p. 32 at § 84).

551. Thus while the test for establishing the existence of jurisdiction under Article 1 of the Convention is not the same as the test for establishing a State's responsibility for an internationally wrongful act under international law, now codified in ARSIWA (see *Catan and Others*, cited above, § 115), there may be some areas of overlap in so far as the Court is invited to examine whether any acts of the perpetrators are to be attributed to the State in the context of its jurisdiction assessment. In determining whether an individual or entity may be considered a State agent, the rules set out in the ARSIWA as applied by international courts and tribunals are clearly relevant and the Court's case-law shows that they are taken into account (see, for example, *Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary*, no. 17247/13, §§ 112–18, 26 May 2020 (NJ 2020/432, m.nt. B.E.P. Myjer; *red.*); and *Carter v. Russia*, no. 20914/07, §§ 162–69, 21 September 2021).

(b) The general principles regarding jurisdiction

552. As noted above, the present case concerns only the alleged responsibility of the Russian Federation in respect of alleged Convention violations in the relevant parts of Donbass. Only the potential extra-territorial jurisdiction of the Russian Federation over these areas at the relevant time is before the Court in this case: the Article 1 jurisdiction of Ukraine over these areas, which fall within its own sovereign territory, is not under examination. However, the Court considers it helpful to set out the general principles in respect of both situations, since they form part of a holistic view of the Court's approach to jurisdiction in such cases.

(i) Territoriality

553. Under Article 1, the High Contracting Parties undertake to 'secure to everyone within their jurisdiction' the rights and freedoms set out in the Convention. It follows that all of those within the territory of a Convention State enjoy the Convention rights and freedoms and that the responsibility for fulfilling the Article 1 obligation falls, in principle, on the territorial State. This gives rise to two presumptions: that a State exercises jurisdiction normally throughout its territory; and that a State does not exercise its jurisdiction outside its territory (see *Ilaşcu and Others*, cited above, §§ 312 and 314). However, either or both of these presumptions may be rebutted in exceptional cases.

(ii) Exception to territoriality: within a State's own territory

554. In *Ilaşcu and Others* (cited above, § 312), a case brought against the Russian Federation and Moldova, the Court explained that a State may be prevented from exercising its authority in part of its territory. This could be as a result of military occu-

pation by the armed forces of another State which effectively controls the territory concerned, acts of war or rebellion, or the acts of a foreign State supporting the installation of a separatist state within the territory of the State concerned (see also *Shavlokhova and Others v. Georgia* (dec.), no. 45431/08 and 4 others, § 29, 5 October 2021; and *Bekoyeva and Others v. Georgia* (dec.), no. 48347/08 and 3 others, § 34, 5 October 2021). This does not mean that the territorial State's jurisdiction is excluded entirely: in view of its positive obligations, the territorial State remains under a residual duty to take all the appropriate measures which it is still able to take, including to re-establish control over the territory in question and to ensure respect for the applicant's individual rights (see *Ilaşcu and Others*, cited above, §§ 313, 333, 335 and 339; and *Sargsyan v. Azerbaijan* [GC], no. 40167/06, §§ 130-31, ECHR 2015).

(iii) Exception to territoriality: outside a State's sovereign borders

555. As regards extraterritorial jurisdiction, it is well-established case-law that acts of the States Parties performed, or producing effects, outside their territories can constitute an exercise of jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention.

(α) The relevance of international armed conflict

556. Extraterritorial jurisdiction is not excluded in situations of international armed conflict: the Court's case-law is replete with examples of States being held responsible for acts which occurred in the context of an international armed conflict taking place outside their own sovereign borders (see, for example, the judgments in *Cyprus v. Turkey*, *Al-Skeini and Others*, *Hassan* and *Georgia v. Russia (II)*, all cited above).

557. However, when approaching the question of Article 1 jurisdiction in its recent judgment in *Georgia v. Russia (II)* (cited above, § 83), the Court drew a distinction between the 'military operations carried out during the active phase of hostilities' in that case, and the other events which it was required to consider in the context of the international armed conflict under examination. It explained that:

'125. In the present case the Court is required to examine whether the conditions applied by the Court in its case-law to determine the exercise of extraterritorial jurisdiction by a State may be regarded as fulfilled in respect of military operations carried out during an international armed conflict.

126. In that connection it can be considered from the outset that in the event of military operations – including, for example, armed attacks, bombing or shelling – carried out during an international armed conflict, one cannot generally speak of 'effective control' over an area. The very reality of armed confrontation and fighting between enemy military forces seeking

to establish control over an area in a context of chaos means that there is no control over an area. This is also true in the present case, given that the majority of the fighting took place in areas which were previously under Georgian control ...

127. It must therefore be determined in the present case whether there was 'State agent authority and control' over individuals (the direct victims of the alleged violations) in accordance with the Court's case-law, and what the precise scope of those terms is.

...

130. In most of the cases that it has examined since its decision in *Banković and Others* (cited above), the Court has found that the decisive factor in establishing 'State agent authority and control' over individuals outside the State's borders was the exercise of physical power and control over the persons in question ...

131. Admittedly, in other cases concerning fire aimed by the armed forces/police of the States concerned, the Court has applied the concept of 'State agent authority and control' over individuals to scenarios going beyond physical power and control exercised in the context of arrest or detention ...

132. However, those cases concerned isolated and specific acts involving an element of proximity.

133. By contrast, the active phase of hostilities which the Court is required to examine in the present case in the context of an international armed conflict is very different, as it concerns bombing and artillery shelling by Russian armed forces seeking to put the Georgian army hors de combat and to establish control over areas forming part of Georgia.

134. The Court observes that in *Banković and Others* (cited above) it found that the wording of Article 1 of the Convention did not accommodate the theory that 'anyone adversely affected by an act imputable to a Contracting State, wherever in the world that act may have been committed or its consequences felt, is thereby 'brought within' the 'jurisdiction' of that State for the purpose of Article 1 of the Convention' (*ibid.*, § 75). It added that interpreting the concept of jurisdiction in that way was tantamount 'to equat[ing] the determination of whether an individual falls within the jurisdiction of a Contracting State with the question of whether that person can be considered to be a victim of a violation of rights guaranteed by the Convention. These are separate and distinct admissibility conditions, each of which has to be satisfied in the aforementioned order, before an individual can invoke the Convention provisions against a Contracting State' (*ibid.*, § 75 *in fine*).

...

136. The Court sees no reason to decide otherwise in the present case. The obligation which

Article 1 imposes on the Contracting States to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms guaranteed by the Convention is, as indicated above, closely linked to the notion of 'control', whether it be 'State agent authority and control' over individuals or 'effective control' by a State over a territory.

137. In this connection, the Court attaches decisive weight to the fact that the very reality of armed confrontation and fighting between enemy military forces seeking to establish control over an area in a context of chaos not only means that there is no 'effective control' over an area as indicated above (...), but also excludes any form of 'State agent authority and control' over individuals.

138. The Court therefore considers that the conditions it has applied in its case-law to determine whether there was an exercise of extraterritorial jurisdiction by a State have not been met in respect of the military operations that it is required to examine in the instant case during the active phase of hostilities in the context of an international armed conflict.'

558. In *Georgia v. Russia (II)*, there was a clear, single, continuous five-day phase of intense fighting during which Russian troops advanced on Georgian territory seeking to establish control ('the five-day war'); after that, a ceasefire agreement was reached and largely observed. The Grand Chamber was therefore able to refer to 'the five-day war' as a distinct 'active phase of hostilities' and to separate out complaints which it identified as concerning 'military operations carried out during the active phase of hostilities'. It summarised the alleged attacks falling under this heading as covering 'bombing, shelling and artillery fire' (see, for example, § 51 of the judgment). Since it found jurisdiction to exist in respect of the detention and treatment of civilians and prisoners of war even during the 'five-day war' (see §§ 238-39 and 268-69 of the judgment), there can be no doubt that a State may have extraterritorial jurisdiction in respect of complaints concerning events which occurred while active hostilities were taking place. The *Georgia v. Russia (II)* judgment cannot, therefore, be seen as authority for excluding entirely from a State's Article 1 jurisdiction a specific temporal phase of an international armed conflict.

(β) The criteria for establishing jurisdiction 559. Where an allegation of extraterritorial jurisdiction is made, the Court will assess whether there are exceptional circumstances justifying a finding by it that the State concerned was exercising jurisdiction extraterritorially by reference to the specific facts of the case (see *M.N. and Others v. Belgium* (dec.) [GC], no. 3599/18, §§ 101-02, 5 May 2020 (NJ 2020/267, m.nt. C.M.J. Ryngaert; red.)). The two main criteria are effective control by the State over an area (spatial concept of jurisdiction, or jurisdiction *ratione loci*) and State agent authority and control over individuals (personal concept of juris-

diction, or jurisdiction *ratione personae*) (see *Georgia v. Russia (II)*, cited above, § 115). A further criterion which may be relevant in cases concerning the procedural obligation under Article 2 is the notion of a jurisdictional link between the respondent State and the victim's relatives in the circumstances of the case. These criteria will be considered in turn below.

- Effective control over an area 560. The first situation in which extraterritorial jurisdiction may, exceptionally, arise is where a Contracting State exercises effective control of an area outside its national territory, usually as a consequence of lawful or unlawful military action. This is a question of fact and in resolving it the Court will primarily have reference to the strength of the State's military presence in the area. However, 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 *Al-Skeini and Others*, cited above, §§ 138-39; and *Georgia v. Russia (II)*, cited above, § 116).

561. Where there is effective control over an area, whether exercised directly by the Contracting State's own armed forces or via the local subordinate administration, there is *ratione loci* jurisdiction (see paragraph 559 above). For Article 1 purposes, therefore, the area in question is treated as being indistinguishable from areas within the controlling State's sovereign borders. The controlling State accordingly 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 will be liable for any violations of those rights in exactly the same way as it would be in a purely territorial context (see *Cyprus v. Turkey*, cited above, §§ 76-77; and *Al-Skeini and Others*, cited above, § 138).

562. The Court has never said that there can only be effective control over an area outside a State's sovereign borders if the area in question falls within the territory of one of the High Contracting Parties (see, in particular, *Issa and Others v. Turkey*, no. 31821/96, §§ 74-75, 16 November 2004). However, this would appear to be the rationale behind its conclusion that the controlling State should in principle be held accountable for all breaches of negative and positive obligations under the Convention within the controlled territory (see paragraph 561 above). After all, as the Court has explained, to hold otherwise would be to deprive the population of that territory of the rights and freedoms previously enjoyed and to which they are entitled, and would result in a vacuum of protection within the legal space of the Convention (see *Cyprus v. Turkey*, cited above, § 78; and *Al-Skeini and Others*, cited above, § 142). It has moreover emphasised that the Convention is a constitutional instrument of European public order: it does not govern the actions of States which are not Parties to it, nor does it purport to be a means of requiring the Contracting States to

impose Convention standards on other States (see *Al-Skeini and Others*, cited above, § 141).

563. The Court has accordingly concluded that extraterritorial *ratione loci* jurisdiction existed in a number of such cases concerning territory inside the Convention legal space (see, for example, *Cyprus v. Turkey*, *Ilaşcu and Others*, *Catan and Others*, *Georgia v. Russia (II)* and *Ukraine v. Russia (re Crimea)*, all cited above; and *Chiragov and Others v. Armenia* [GC], no. 13216/05, ECHR 2015). To date, the Court has never found there to be extraterritorial jurisdiction on account of *ratione loci* jurisdiction over an area outside the sovereign territory of the Council of Europe member States.

564. As explained above (see paragraph 549), even where allegations concern an area within the respondent State's *ratione loci* jurisdiction, that State will ultimately only be held responsible for breaches of the Convention if the impugned acts or omissions are attributable to it. In purely territorial cases, it is uncontroversial that the territorial State is responsible for the policies and actions of local administrations. Their acts and omissions are automatically attributable to the territorial State. It follows that in cases where a State's *ratione loci* jurisdiction is established outside its sovereign borders, the acts and omissions of the local administrations in the areas concerned will similarly be automatically attributable to the State which has Article 1 jurisdiction (see paragraph 561 above).

- State agent authority and control

565. The second situation in which extraterritorial jurisdiction may exceptionally arise is where there is State agent authority or control over the victim (see *Georgia v. Russia (II)*, cited above, §§117-24).

566. A State Party's jurisdiction may arise from the actions or omissions of its diplomatic or consular officials when, in their official capacity, they exercise abroad their authority in respect of that State's nationals or their property, or where they exercise physical power and control over certain persons (see *Al-Skeini and Others*, cited above, § 134; and *M.N. and Others v. Belgium*, cited above, §§ 106 and 117-19).

567. The Court has also explained that a State may exercise extraterritorial jurisdiction where, with the consent or at the invitation of the government of the State concerned, it exercises via its agents or others under their command and direct supervision public powers normally to be exercised by that government (see *Al-Skeini and Others*, cited above, §§ 135 and 144-47; and *Jaloud v. the Netherlands* [GC], no. 47708/08, §§ 139, 149 and 152, ECHR 2014 (NJ 2015/142; red.)).

568. Finally, the Court's case-law establishes that in certain circumstances, the use of force by a State's agents operating outside its territory may bring the individual thereby brought under the control of the State's authorities within that State's Article 1 jurisdiction (see *Al-Skeini and Others*, cited above, § 136; *Georgia v. Russia (II)*, cited above, § 117;

and *Carter*, cited above, §§ 126-130, 150 and 158-61). The exact content of this exception has been the subject of much analysis and discussion in the Court's case-law (see, most recently, *Georgia v. Russia (II)*, cited above, §§ 117-24 and 130-136; and *Carter*, cited above, §§ 126-30). It would appear that it encompasses two distinct, albeit potentially overlapping, scenarios.

569. First, it covers the exercise by State agents of physical power and control over the victim or the property in question (see *Al-Skeini and Others*, cited above, § 136). This clearly includes cases in which the individual is in custody (*Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99, § 91, ECHR 2005-IV). It may also include cases in which freedom of movement or action is subject to a lesser form of restraint (see, for example, *Medvedyev and Others v. France*, [GC], no. 3394/03, § 67, ECHR 2010).

570. Second, it covers isolated and specific acts of violence involving an element of proximity (see *Georgia v. Russia (II)*, cited above, §§ 130-32; and *Carter*, cited above, §§ 129-30). Thus, jurisdiction has been found in respect of the beating or shooting by State agents of individuals outside that State's territory (see, for example, *Isaak v. Turkey* (dec.), no. 44587/98, 28 September 2006; and *Andreou*, cited above) and the extrajudicial targeted killing of an individual by State agents in the territory of another Contracting State, outside the context of military operations (see *Carter*, cited above, §§ 129-30). The Court has explained that accountability in these situations stems from the fact 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. In *Carter*, it added that targeted violations of the human rights of an individual by one Contracting State in the territory of another Contracting State undermined the effectiveness of the Convention both as a guardian of human rights and as a guarantor of peace, stability and the rule of law in Europe (cited above, § 128).

571. In all cases of State agent authority and control, any jurisdiction established is a personal one over the victim. The extent of the State's obligations under Article 1 of the Convention is to secure to that individual the Convention rights and freedoms that are relevant to his or her situation. In this sense, therefore, the Convention rights can be divided and tailored (see *Al-Skeini and Others*, cited above, § 137; and *Carter*, cited above § 126); the rejection of that proposition in *Banković and Others* (cited above, § 75) is, therefore, no longer an accurate statement of the Court's approach under Article 1 of the Convention.

572. Unlike jurisdiction based on effective control over an area, the Court has on numerous occasions found personal jurisdiction under Article 1 of the Convention to exist outside the Convention legal space (see, among other examples, *Öcalan*, *Medvedyev and Others*, *Al-Skeini and Others* and *Jaloud*, all cited above).

- 'Jurisdictional link' as regards the procedural obligation under Article 2 573.

The Court has recently clarified how the issue of jurisdiction is to be approached where a death occurs outside the territory of the Contracting State in respect of which the procedural obligations under Article 2 of the Convention are said to arise (see *Güzelyurtlu and Others*, cited above, §§ 188-90, 29 January 2019; *Georgia v. Russia (II)*, cited above, § 330; and *Hanan v. Germany* [GC], no. 4871/16, §§ 132-133, 16 February 2021). In this context, the Court has emphasised that the procedural obligation to carry out an effective investigation under Article 2 has evolved into a separate and autonomous obligation that can be considered to be a detachable obligation arising out of Article 2 and capable of binding the State even when the death occurred outside its jurisdiction (see *Güzelyurtlu and Others*, cited above, § 189). In such cases, the question is whether there is a jurisdictional link for the purposes of Article 1 of the Convention.

574. If the investigative or judicial authorities of a Contracting State institute, by virtue of their domestic law, their own criminal investigation or proceedings concerning a death which has occurred outside the jurisdiction of that State, this may in itself be sufficient to establish a jurisdictional link between that State and the victim's relatives who later bring proceedings before the Court (see, *Güzelyurtlu and Others*, cited above, § 188, as refined in *Hanan*, cited above, § 135).

575. Where no such investigation or proceedings have been instituted in a Contracting State, special features may trigger the existence of a jurisdictional link in relation to the procedural obligation to investigate under Article 2. It is not possible to set out an exhaustive list of such features since they will necessarily depend on the particular circumstances of each case and may vary considerably from one case to another (*Güzelyurtlu and Others*, cited above, § 190). The Court has found special features sufficient to give rise to a jurisdictional link in a number of cases (see, for example, *Güzelyurtlu and Others*, cited above, §§ 191-96; *Georgia v. Russia (II)*, cited above, §§ 331-32; and *Hanan*, cited above, §§ 137-42).

(c) Application of the general principles to the facts of the case

576. According to the approach in *Georgia v. Russia (II)*, the first question to be addressed in cases concerning armed conflict is whether the complaints concern 'military operations carried out during an active phase of hostilities', in the sense of 'armed confrontation and fighting between enemy military forces seeking to establish control over an area in a context of chaos'. In that case, the question was answered in the affirmative and, as a result, there was no extraterritorial jurisdiction of either kind in respect of the relevant substantive complaints (see §§ 126 and 137 of that judgment), al-

though there was a duty to investigate deaths which had occurred (see §§ 329-30 of the judgment).

577. Since the vast majority of allegations advanced in the present case (...) cannot be said to fall into this category, the Court will first examine whether extraterritorial jurisdiction arose at any point in the present case before considering whether certain complaints or aspects of them might be said to be excluded from any jurisdiction established, on the basis that they occurred outside any area of effective control or concerned 'military operations carried out during an active phase of hostilities'. It will accordingly first determine whether the respondent Government enjoyed at any point effective control over the relevant parts of the Donetsk and Luhansk regions (see paragraph 560 above).

(i) Whether there was effective control over an area

578. In order to determine whether the respondent State had extraterritorial jurisdiction over the areas in eastern Ukraine under separatist control, regard must first be had to the military presence of the Russian Federation's armed forces in eastern Ukraine. If such presence alone does not suffice to demonstrate effective control over the area, then it will be necessary to have regard to whether Russian Federation military, political and economic support to the 'DPR' and the 'LPR' provided it with influence and control over the area (see paragraph 560 above).

(α) Military presence
- The parties' memorials
(Enz., red.)

- The findings of the Court

588. The respondent Government denied in their written memorials and oral submissions to the Court that there were any members of the Russian military in Donbass during the period under consideration. It is noteworthy, however, that the President of the Russian Federation himself said in 2015 that, '[w]e've never said there are no people there [in Donbass] who deal with certain matters, including in the military area ...' (see A 2608). This statement, in and of itself, provides sufficient grounds for the inference that there were members of the Russian military operating inside eastern Ukraine at the relevant time. At the very least, it calls for further explanation, and it is striking that the respondent Government have consistently failed to provide any explanation whatsoever despite being expressly invited to address the issue of the presence of members of the Russian military in eastern Ukraine in the context of their supplementary memorials (...).

589. The Court further notes the similarities in time, space and method between the events in Crimea in late February and early March 2014 – which the Court has found were within the jurisdiction of the respondent State (see *Ukraine v. Russia (re Crimea)*, cited above, §§ 335-37) – and events in

eastern Ukraine during the early stages of the unrest. In both cases, protests began by what were apparently local volunteers who subsequently took up arms and took over Government buildings. These 'local' separatists subsequently organised 'referendums' on the status of the regions concerned which apparently showed a large majority in favour of separation from Ukraine.

(...)

606. The applicant Ukrainian Government have provided highly detailed, chronological and specific information about the active participation of Russian servicemen in eastern Ukraine (...). Their account has remained coherent and consistent throughout the proceedings before the Court and has included information regarding specific alleged land incursions, the names of individual soldiers and military units of the respondent State involved and the dates of the alleged incursions. Moreover, the account of the Ukrainian Government, based on intelligence, is supported by witness statements of Russian soldiers captured in eastern Ukraine (A 1476-91). There is also extensive evidence from NGOs which investigated, based on open source material and witness interviews, allegations that Russian soldiers were present in eastern Ukraine throughout the period of the conflict (A 2157-58, 2206-09, 2207-18, 2227-33, 2239, 2242-44, 2246, 2248-49, 2251, 2259-61, 2265, 2269-73, 2276, 2281, 2283, 2293, 2296-99, 2301, 2303, 2305, 2316-20, 2322-23, 2331, 2333, 2390-91, 2397, 2434-35, 2453-54, 2476, 2485, 2518, 2540-45 and 2547-48). The reports went beyond vague and unsubstantiated allegations as to the presence of Russian soldiers and identified particular military units of the Russian armed forces and, in a number of cases, particular soldiers. The reports also set out clearly the material relied upon and the conclusions drawn from it.

607. The respondent Government have provided no information as to the whereabouts at the relevant time of the soldiers and military units identified by Ukraine or in the NGO reports. They were quite clearly in a position to investigate at least a selection of the individuals identified and present detailed information to the Court on whether they did indeed fight with the separatists in eastern Ukraine or where they were in fact deployed at the time. The only direct submission on this issue was the assertion that soldiers arrested had crossed the border by mistake (...). This single assertion is inadequate to address the detailed allegations made. The respondent Government have not submitted any evidence to refute the applicant Ukrainian Government's account, such as deployment records in relation to the identified military formations, even though such evidence was within their exclusive control and they were specifically invited to provide it. The Court accepts that information about military matters might reasonably be considered sensitive and that its classification for national security purposes is not, in principle, unreasonable. Rule 33 § 2 of the Rules of Court caters for this consideration since it allows

public access to a document or to any part of it to be restricted. It would, moreover, have been possible for the respondent Government to remove sensitive passages in documents or submit a summary of the relevant passages omitting sensitive information. Indeed, in *Georgia v. Russia (II)*, cited above, §§ 345-46, the Grand Chamber concluded that the respondent Government had fallen short of their obligation to furnish all necessary facilities to the Court in its task of establishing the facts of the case, as required under Article 38 of the Convention, because they had refused to submit combat reports on the grounds that the documents in question constituted a 'State secret', despite the practical arrangements proposed by the Court to submit non-confidential extracts. The Grand Chamber further observed that the respondent Government had not submitted any practical proposals of their own to the Court that would have allowed them to satisfy their obligation to cooperate while preserving the secret nature of certain items of information.

(...)

610. This vast body of material provides strong evidential support for the allegation that Russian soldiers were present in the armed groups and that regular Russian troops were deployed in their military units, notably to participate in certain battles. As explained above, the concordant elements revealed in the evidence and the specific, detailed allegations of the applicant Ukrainian Government in this respect call for an explanation from the respondent Government as to the full extent of involvement by its soldiers in eastern Ukraine (...). However, the respondent Government have provided no convincing arguments that could call into question the credibility of the applicant Ukrainian Government's version of events and the evidence submitted in support of it (see *Ukraine v. Russia (re Crimea)*, cited above, § 328). The only reasonable inference to be drawn in these circumstances is that the allegations of the applicant Ukrainian Government in this respect are substantially accurate.

611. In conclusion, the Grand Chamber finds it established beyond any reasonable doubt that there were Russian military personnel in an active capacity in Donbass. The conclusions outlined above in respect of Mr Girkin (...) establish that this was the case from April 2014. Russian soldiers fought in the armed groups and senior members of the Russian military were present in command positions in the separatist armed groups and entities from the outset. From at the latest August 2014 in the context of the battle of Ilovaisk, there was a large-scale deployment of Russian troops (...). Given the covert nature of the involvement of members of the Russian military in eastern Ukraine, on the basis of the material before the Court it is not possible to ascertain their exact number especially before the large-scale deployment at Ilovaisk. The Court does not, therefore, consider it established beyond reasonable doubt that the Russian Federation exercised effective control over the territory of the 'DPR' and the 'LPR' from

April 2014 solely by virtue of the military presence of its own *de jure* soldiers.

612. It is accordingly necessary to turn to the further criteria relevant to establishing effective control over an area.

(β) Military support to the separatists

- Influence on military strategy

- The parties' memorials

(Enz., *red.*)

- The findings of the Court

618. The Court has already concluded that several prominent separatists in command positions were senior members of the Russian military acting under Russian instructions (see paragraphs... and 611 above). This included Mr Girkin, the 'Defence Minister' of the 'DPR' who had formal overall command of the armed forces of the 'DPR' and the 'LPR' (...). Devising military strategy would appear to be a key responsibility associated with such a role, and the evidence in the case-file does not suggest that the contrary was true in respect of Mr Girkin. His prominent role at press conferences and the comments he has made clearly illustrate the central role played by Mr Girkin in planning military strategy and coordinating the separatist armed forces, including between the 'DPR' and the 'LPR' (A 2027, 2550-56, 2566-71 and 2577-98. See also A 1528, 1607 and 1609). In a newspaper interview from November 2014 he referred to the fact that he was 'in charge' in eastern Ukraine (A 2570).

619. The intercept evidence reveals that the political hierarchy within the respondent Government exercised significant influence over the separatists' military strategy. It provides multiple examples of references by separatists, including Mr Girkin and Mr Borodai, to instructions and orders from 'Moscow', the 'FSB' or the 'GRU' (A 1538-39, 1544-45, 1549-50, 1556, 1570, 1583 and 1600-01). In one conversation from 4 July 2014, the eve of the separatists' surrender from Slovyansk, Mr Dubinskiy referred to 'waiting for the Moscow's decision on whether Slaviensk is to be taken out' (A 1555). The intercept material also shows that the separatist entities regularly reported to Russia on the outcome of military actions (A 1524-25, 1540 and 1554). It further indicates that in the event of conflicting instructions or differing views between the Russian Federation and the separatists as to military strategy, the orders of 'Moscow' were to be obeyed (A 1555-56).

620. It is also significant that the material before the Court shows that even those in the senior leadership of the 'DPR' received orders from a higher authority. It is telling that Mr Borodai, then 'prime minister' of the 'DPR' asked in one conversation with a Russian telephone number to talk to 'the boss' urgently about an important decision that he had to make (A 1605). Mr Girkin, in another conversation, made it clear that he was subject to orders from a 'Vladimir Ivanovich', whose identity has not been confirmed but who is alleged by Bellingcat, on the basis of an open-source investigation, to be FSB

Colonel General Andrey Ivanovich Burlaka (A 1610-11 and 2534-36). Mr Girkin also stated in a press interview that he had had a 'categorical order not to surrender Slovyansk' (A 2566).

621. The material confirms that orders and instructions were received from Moscow on a range of issues, including whether to surrender Slovyansk. This latter decision was clearly of key importance to the separatists' military strategy. The respondent Government have provided no explanations for these elements. The Court infers from the material before it that the influence of the political hierarchy of the respondent Government on the military strategy of the separatists was significant.

- Supply of weapons and other equipment

- The parties' memorials

(Enz., *red.*)

- The findings of the Court

628. The Court observes that the respondent Government do not contest the accuracy of the list provided by the applicant Ukrainian Government of material found in the possession of the separatists. Nor do they argue with the proposition that the separatists had access to large numbers of arms and heavy weaponry including sophisticated military-grade material. The Court is moreover satisfied that the evidence establishes this to be the case. There is evidence from the intercepted telephone conversations that high-ranking separatists in the 'DPR' had access to 'special telephones' that were not for sale and which could only be obtained from the Russian security service, the FSB (A 1551). The SMM continued to refer throughout the years of its operation to military material in the hands of separatists in Donbass and identified, in particular, the presence of 'sophisticated' and 'military-grade' jamming material (A 162 and 1094). That military equipment, weapons and ammunition have been available to the separatists throughout the many years of the conflict is also evident from numerous media and NGO reports (A 2131-52, 2155, 2219-21, 2245, 2265, 2270-75, 2300-02, 2434-35, 2454, 2465, 2540, 2545, 2655, 2685-86, 2703, 2725-28, 2742-45, 2747-48, 2781, 2785, 2815 and 2822) and the very fact that the conflict has been sustained throughout these years. The only question is whether it has been shown that the equipment was provided by the Russian Federation.

(...)

639. In view of the above, the Court considers it established beyond any reasonable doubt that from the earliest days of the separatist administrations and over the ensuing months and years, the Russian Federation provided weapons and other military equipment to the separatists in eastern Ukraine on a significant scale.

- Training

- The parties' memorials

(Enz., *red.*)

- The findings of the Court
643. The respondent Government have not disputed the allegation that there were training camps in the locations alleged by the applicant Governments. That training was carried out near the Ukrainian border is supported by observations of the OSCE Border Mission: on 26 September 2014 it heard more than 160 reports of mortar fire and automatic cannons being fired over the course of three hours which it determined originated from firing practice on Russian Federation territory (A 726). The Atlantic Council, in its 2015 report, analysed satellite data and determined that Russian training camps stationed along the Ukrainian border were 'the staging ground for Russian military equipment transported into Ukraine, soon to join the separatist arsenal, and for Russian soldiers mobilised across Russia to cross into Ukraine' (A 2246). Mr Zakharchenko referred to the training in the Russian Federation of some 1,200 fighters who, in August 2014, had just arrived in eastern Ukraine (A 2560).

644. The carrying out of military training near the border with Ukraine in the context where a separatist conflict had broken out in eastern Ukraine calls for an explanation if it is not to be inferred that there was, as alleged, Russian involvement in the training of those fighting in eastern Ukraine. The respondent Government's explanations in this respect are incomplete and unpersuasive. They declined to provide any concrete information as to the purpose of the training and the identities of those being trained or their subsequent deployment. It may therefore be inferred that training was provided to Russian soldiers prior to their deployment in eastern Ukraine. However, the evidence produced by the applicant Governments is insufficient for the Grand Chamber to reach any conclusions as to whether training was also offered to other separatists, aside from regular Russian troops, fighting in eastern Ukraine. Taken as a whole, the material provides further corroborating evidence of Russian military presence, via the deployment of regular Russian soldiers, in eastern Ukraine (see paragraphs 595–611 above).

- Artillery cover
- The parties' memorials
(Enz., *red.*)

- The findings of the Court
649. Despite the highly detailed allegations made in the applicant Ukrainian Government submissions and evidence (see... and A 1146, 1149, 1155, 1157, 1159, 1162–64, 1214–15, 1244 and 1247), they have provided comparatively little in the way of primary evidence to support their allegations of cross-border shelling. As the respondent Government have pointed out, the applicant Ukrainian Government should have been able to submit numerous witness statements from those they claim witnessed these events, including border guards. It would also be reasonable to expect some form of

expert analysis of impact sites, with conclusions as to trajectories and origins of the artillery attacks. The applicant Ukrainian Government have presented a handful of witness statements from members of the Ukrainian armed forces stating that they were subject to artillery fire from the Russian Federation and providing, to varying extents, information as to dates and places of alleged shelling (A 1408, 1419, 1430–32, 1452, 1457 and 1461). They have also relied upon a record of interrogation of a Russian soldier captured in eastern Ukraine, who described artillery shelling from the Russian Federation on 18 August 2014 which he had witnessed from Ukrainian territory (A 1483).

650. As to expert analysis of impact sites, the applicant Ukrainian Government appear to rely in the present proceedings solely on the work of Bellingcat and the analysis conducted in its reports. As noted above (...), the Court does not consider that there are grounds upon which to reject the reports prepared by Bellingcat as a matter of principle. However, the respondent Government have formulated specific criticisms of the analysis and conclusions reached by Bellingcat as to cross-border artillery attacks. The Court observes that, in a report relied upon by the applicant Ukrainian Government, Bellingcat alleged that its crater analysis method had been cited with approval in an expert report relied upon by the prosecution in the trial in the Russian Federation of Ukrainian national Nadiya Savchenko (A 2464). It may be regarded as significant that the respondent Government did not engage with this claim. The Court considers that it is not in a position, at this stage in the proceedings, to resolve differences of views concerning the appropriate methodology for analysing artillery craters. It would, however, note that the conclusions reached by Bellingcat find support from the report published by the Atlantic Council (A 2240–51). That report identified Gukovo, Russian Federation, as a launch site of cross-border artillery attacks, also using satellite imagery and crater analysis. However, significantly, the report went on to explain that a Russian journalist had subsequently made inquiries with locals in Gukovo who had confirmed that artillery attacks had been launched from a field there. The journalist had visited the field and had found artillery rocket end caps there (A 2251).

651. The applicant Dutch Government rely on intercept evidence to support the allegations of cross-border shelling. For example, in one intercepted conversation on 23 July 2014 it was immediately clarified by the separatist speaker that the question '[i]s the artillery active there now or not' referred to 'the Russian artillery' (A 1607). In another conversation which took place that same day, a request is made for 'them' to provide artillery cover at a particular place near Dibrivka because 'they' had previously 'missed' (A 1609). The respondent Government did not provide any explanation for these comments. It can be inferred from the content of these calls that operational requests for immediate

artillery cover were regularly made to the Russian Federation in the full expectation that such cover would be swiftly provided (see also A 1587).

652. The conclusion that cross-border shelling took place is also supported by the report of the ICC Office of the Prosecutor ('OTP') on Preliminary Examination Activities 2016 (A 65–66). The OTP assessed, based on reports of shelling and the detention of Russian military personnel by Ukraine and vice versa, that direct military engagement between the respective armed forces of the Russian Federation and Ukraine indicated the existence of an international armed conflict in eastern Ukraine from 14 July 2014 at the latest.

653. The OSCE border mission also recorded hearing artillery fire in the vicinity of the Russian border checkpoints of Donetsk and Gukovo in the Rostov Region. On 10 August, during the day and the evening, the border mission heard and felt several heavy detonations which it identified as departing artillery fire at a distance of approximately ten kilometres west south-west of the Donetsk border crossing point. On 12 August, it heard continuous heavy artillery fire at an approximate distance of ten kilometres in the west north-west direction and similar heavy artillery fire at an approximate distance of ten kilometres north of the border crossing point. It said that in both instances the noise resembled multiple-launch rocket systems (A 298). Towards the end of August the border mission heard blasts and artillery detonations at various times of the day and night, and from different distances and directions around the Donetsk Border Crossing Point. Some of the detonations were close by in a westerly/north-westerly direction (A 477). These areas would appear to fall inside separatist-controlled Ukrainian territory near the Russian border, which lends support to the allegation that some artillery attacks were launched from inside Ukrainian territory at the border.

654. The Court is persuaded by the evidence that the separatists relied on the Russian military to provide artillery cover and that it was provided.

- Build-up of troops at the border
- The parties' memorials
(Enz., *red.*)

- The findings of the Court

659. The presence of Russian troops at the border cannot, in itself, show any control over eastern Ukraine. However, it is relevant to the assessment of what military support was available to the separatist administrations. The amassing of troops at the border could clearly be seen as a show of force in support of the separatist entities and in view of the other evidence of Russian support identified above carried the implication that, if the need arose, the forces were available and ready to be deployed in the conflict. Indeed, it is suggested that some of these troops were duly deployed in eastern Ukraine, notably during the Battle of Ilovaïsk.

(...)

662. The Court accordingly infers from the respondent Government's refusal to provide the information requested that the number of troops deployed in the border regions of the Russian Federation and the dates of their deployments corresponded broadly to the allegations made by the applicant Governments. It is also reasonable to infer, against the backdrop of all the information available in the case-file including the evidence as to the presence of Russian military in eastern Ukraine itself, that these troops were deployed to that region in order to be available for further deployment to eastern Ukraine. This constitutes a further example of the military support offered to the separatists by the Russian Federation.

- (γ) Political support to the separatists
- The parties' memorials
(Enz., *red.*)

- The findings of the Court

670. As noted above, the political leaders in eastern Ukraine following the constitution of 'governments' of the 'DPR' and the 'LPR' after the May 2014 'referendums' included members of the Russian military acting under Russian instruction. (...)

(...)

675. There is thus clear evidence of political support being provided by the respondent Government to the separatist entities in eastern Ukraine.

- (δ) Economic support to the separatists
- The parties' memorials
(Enz., *red.*)

- The findings of the Court

(...)

689. All of this shows that the Russian Federation has played an active role in the financing of the separatist entities. Indeed, there is no evidence before the Court of any other form of financing and no real explanation by the respondent Government of potential alternative sources of funds and services. The elements in the material before the Court paint a consistent picture of significant economic support from the Russian Federation. Again, by virtue of the acknowledged relationship between the 'DPR' and the 'LPR' on the one hand and the Russian Federation on the other (...), the respondent Government ought to be in a position to provide the Court with more precise information in this respect and with documentary evidence supporting its claim that the source of funding was 'tax and non-tax revenues from the core business of individuals and legal entities'. The failure to provide any such information or documentation is telling and justifies the drawing of inferences in this respect.

- (ε) Conclusion

690. The evidence shows that in early April 2014, disparate separatist armed groups, under dif-

ferent leaderships, began to take control of buildings and then towns in eastern Ukraine. That month, the 'DPR' and the 'LPR' were declared in Donetsk and Luhansk by groups of separatists. Further, separate armed groups had taken control of buildings and then of the towns elsewhere in eastern Ukraine, in Slovyansk and Horlivka, for example. Gradually, armed groups extended their control to the villages surrounding the towns and cities they held, and the areas under separatist control began to join up (...). The evidence suggests that throughout this period, the armed groups were operating with varying degrees of independence from one another and the links between them are not necessarily evident. The evidence also tends to suggest that the degree of support received from Russia may have varied not inconsiderably between the various armed groups. The intercept evidence shows that in some cases instructions were given by the GRU whereas in others they were given by the FSB (A 1600-01).

691. On 11 May 2014, 'referendums' were held in the 'DPR' and the 'LPR', across the area under the control of separatist armed groups (...). Following these 'referendums', 'governments' in respect of each of the two bodies were appointed, including a 'Minister of Defence' of the 'DPR' under whose authority all the separatist armed groups were said to be operating (...). The various posts in the 'governments' were allocated, with a number of the key roles being given to leaders of the most important armed groups operating in the area, including Mr Girkin, Mr Khodakovskiy, Mr Bolotov, Mr Dubinskiy, Mr Plotnitsky and Mr Zakharchenko (...).

692. Some two weeks after the 'referendums', the leaders of the 'DPR' and the 'LPR' signed a declaration of Novorossiia confederation under the so-called 'Union of People's Republics' which aimed to unify these two entities under a confederation (see... and A 674, 1554, 2332-34, and 2346); that goal was apparently abandoned in 2015.

693. The available evidence supports the conclusion that by the time of the 11 May 2014 'referendums', the separatist operation as a whole was being managed and coordinated by the Russian Federation. The Court finds that the appointment of various different leaders of the major armed groups to 'government' positions following the 'referendums' was subject to Russia's approval and marked a critical step in the transition of the array of irregular armed groups into a single 'separatist administration'. Thereafter, the command structure was more clearly established, with a hierarchy announced and the overall leadership of the armed forces being vested in Mr Girkin, 'Minister of Defence' of the 'DPR' (...). At this point the armed groups essentially came together and formally became the armed factions of the 'DPR' and the 'LPR'. The armed groups were subsequently formally integrated into the 'DPR' and 'LPR' militaries (...). Moreover, it is clear that the two entities were operating in tandem, with the 'referendum' in each taking place on the same day and the swift announcement

thereafter that they were to be united in a confederation. To the extent that a degree of disorganisation continued after this date, this would appear to be the natural consequence of the manner in which the conflict was begun and escalated. What is evident is that with the holding of the 'referendums' and the forming of the 'governments' there was a decision to exert authority over the entirety of the area under separatist control and to bring separatist groups which had, until that point, been allowed for tactical reasons to operate somewhat independently back under a centralised command.

694. As a consequence, it is unnecessary to identify what areas were in the hands of what groups from 11 May 2014: the Court finds that all areas in the hands of separatists from that date were areas under 'DPR' and 'LPR' control.

695. The vast body of evidence above demonstrates beyond reasonable doubt that, as a result of Russia's military presence in eastern Ukraine and the decisive degree of influence and control it enjoyed over the areas under separatist control in eastern Ukraine as a result of its military, political and economic support to the separatist entities, these areas were, from 11 May 2014 and subsequently, under the effective control of the Russian Federation (see paragraph 560 above). The threshold for establishing Russian jurisdiction in respect of allegations concerning events which took place within these areas after 11 May 2014 has therefore passed. Moreover, in response to the invitation in June 2020 to clarify the nature of the current relationship between Russia and the separatist entities (...), the respondent Government replied that '[t]here has been no change to the relationship outlined above'. In the absence of any evidence demonstrating that the dependence of the entities on Russia has decreased since 2014, the Court finds that the jurisdiction of the respondent State continued as at the date of the hearing on 26 January 2022. As noted above (...), it may be necessary for the Grand Chamber to assess, at the merits stage, whether the jurisdiction of the respondent Government continued beyond that date.

696. The complaints of the applicant Ukrainian Government concerning events that took place in the territory under separatist control from 11 May 2014 accordingly fall within the respondent State's jurisdiction *ratione loci* within the meaning of Article 1 of the Convention. The respondent Government's objection in this respect is dismissed.

697. As explained above (see paragraph 564), the finding that the Russian Federation had effective control over the relevant parts of Donbass controlled by the subordinate separatist administrations or separatist armed groups means that the acts and omissions of the separatists are attributable to the Russian Federation in the same way as the acts and omissions of any subordinate administration engage the responsibility of the territorial State. It will be for the respondent Government to demonstrate at the subsequent merits phase of these pro-

ceedings, should they wish to do so, that the separatists did not, in fact, control particular pockets of land or commit the particular acts which form the basis of the allegations by the applicant States; or that the specific acts of particular separatists cannot be attributed to them.

- (ii) Whether some particular complaints may be excluded from the respondent State's spatial jurisdiction

698. A finding of spatial jurisdiction brings within the jurisdiction of the respondent State all complaints which concern events occurring wholly within the relevant area. Such a finding does not, however, bring within the respondent State's jurisdiction events which took place outside that area. Moreover, even if the events occurred wholly within the relevant area, the impact, if any, of the exclusion from jurisdiction of 'military operations carried out during the active phase of hostilities', in the sense of 'armed confrontation and fighting between enemy military forces seeking to establish control over an area in a context of chaos', identified in *Georgia v. Russia (II)*, must also be considered (see paragraphs 557–558 above).

699. The majority of the complaints advanced concern events unconnected with military operations occurring within the area under the effective control of the separatists at the relevant time. However, the applicant Ukrainian Government also referred to 'unlawful military attacks' against civilians and civilian objects and the destruction of private property and schools as part of the alleged administrative practices in violation of Article 2 and Articles 1 and 2 of Protocol No. 1. They provided detailed submissions on the specific attacks alleged to have occurred (...). It would appear from the submissions and the evidence that the only military attacks launched against civilians were artillery attacks and that most – if not all – of the destruction of private property and schools was the result of artillery attacks. In the case of such attacks, while the firing of the weapon may have taken place in territory under the control of the Russian Federation, the damage was caused to individuals and properties in Ukrainian-controlled territory, outside the areas controlled by the separatists. As the victims were therefore outside the areas under the spatial jurisdiction of the respondent State, the attacks cannot fall within the jurisdiction of the Russian Federation on this basis (see paragraph 698 above).

700. It will accordingly be necessary to examine whether the Russian Federation had personal jurisdiction in respect of these complaints (see paragraphs 565–571 above). The question whether there was State agent authority and control in respect of acts of shelling in the present case, such as to give rise to the respondent State's jurisdiction in respect of them, requires a careful examination of whether these incidents fell within the exception identified in *Georgia v. Russia (II)* by reference to the specific facts of the incidents alleged (see paragraphs 557–

558 above). In the circumstances of the present case, this matter is so closely connected to the merits of the case that it cannot be decided at the present stage of the procedure. The Court accordingly decides to join to the merits of the case the objection raised by the respondent Government as to whether the applicant Ukrainian Government's complaints of administrative practices of shelling in violation of Article 2 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention, together with associated Article 14 complaints, fall within the Article 1 jurisdiction of the respondent State, in so far as these complaints are declared admissible (...).

701. The applicant Dutch Government's complaints in relation to Articles 2, 3 and 13 concern the downing of flight MH17 by a Buk missile. As outlined above (see paragraph 698), the Court must first assess where this incident took place in order to determine whether it occurred within the area which it has found to fall within the spatial jurisdiction of the respondent State. The respondent Government claimed that it had been 'established by the expert of the District Court of The Hague', Mr Malyshevskiy, that the launch had taken place in territory under control of the Ukrainian armed forces and that it was 'a matter of fact' that the missile was Ukrainian (...). The Court observes that Mr Malyshevskiy was, according to his witness statement submitted to this Court by the respondent Government in 2019, 'Chief of Staff for the lead engineer' at Almaz-Antey, the missile manufacturer (A 2001-15). The respondent Government did not explain how Mr Malyshevskiy was subsequently said to have been 'appointed' as an expert by the first instance court in The Hague, nor clarify what precisely he said in those proceedings and on what basis (see also A 1966-67). The DSB and JIT investigations clearly concluded that the aircraft had been downed by a Buk missile supplied by the Russian Federation and fired from separatist-controlled territory while the aircraft was flying over separatist-controlled territory (A 1635-38 and 1859-89). The Court has already found that the evidence gathered by these bodies is authentic and reliable (...); their various conclusions on this matter have been endorsed by the first instance court in The Hague (A 1965-74). The purported evidence to the contrary presented by the Russian Federation is unpersuasive.

702. It is therefore clear from the ample evidence before the Court that, unlike in the case of the artillery attacks discussed above, both the firing of the Buk-missile and the consequent downing of flight MH17 occurred in territory which was in the hands of separatists. The Court has found that the area in the hands of separatists was, on the date of the incident, under the effective control of the respondent State (see paragraphs 694–695 above). The respondent Government argued that the incident occurred in the airspace controlled by the Ukrainian Government. The Court notes that it is not disputed that Ukrainian air traffic control was responsible for managing the passage of commercial

aircraft over the territory captured by the separatists in eastern Ukraine. However, the Court's conclusion that the territory in question was under the control of the Russian Federation entails the responsibility of that State, under Article 1, to secure Convention rights in exactly the same way as it would in a purely territorial context (see paragraph 561 above). Its spatial jurisdiction therefore covered the territory on the ground as well as the airspace above it.

703. The only question that remains is whether jurisdiction in respect of this incident is excluded on the basis that it concerned 'military operations in the active phase of hostilities', in the sense of 'armed confrontation and fighting between enemy military forces seeking to establish control over an area in a context of chaos', as the respondent Government have alleged (see paragraph 692 above). The Court finds that it cannot be so excluded. While the evidence in the present case shows that the downing of flight MH17 took place in the context of active fighting between the two opposing forces, it would be wholly inaccurate to invoke any 'context of chaos' preventing jurisdiction on the basis of effective control over an area from being established.

704. First, the chaos that may exist on the ground as large numbers of advancing forces seek to take control of territory under cover of a barrage of artillery fire does not inevitably exist in the context of the use of surface-to-air missiles. Such missiles are used to attack specific targets in the air. They may be used in circumstances where there is no armed confrontation on the ground below between enemy military forces seeking to establish control over an area (compare *Georgia v. Russia (II)*, cited above, § 126). There is no evidence in the present case of any such fighting in the areas directly relevant to the missile launch site or the impact site.

705. Second, the Court acknowledges that in many instances the available information may be insufficient to enable the circumstances to be elucidated with the precision required in order to determine whether jurisdiction existed. However, the exceptional work of the JIT demonstrates that it is not impossible to pierce 'the fog of war' in relation to particular incidents. Its painstaking investigation has provided a great deal of clarity as to the circumstances in which flight MH17 was downed. Most importantly, as noted above, it has shown beyond any doubt that the missile, which had been supplied and transported by the Russian Federation, was launched from and the aircraft was struck over territory under separatist control. As already explained (see paragraph 701), these areas were, the Court has found, within the jurisdiction of the respondent State at the relevant time.

706. The Court is accordingly satisfied that the applicant Dutch Government's complaints fall within the spatial jurisdiction of the respondent State.

- C. Jurisdiction *ratione materiae*
 1. Complaints concerning the armed conflict
 (a) The parties' submissions
 (Enz., *red.*)

(b) The Court's assessment
 718. The Court's case-law as to the application of the Convention in armed conflict is both clear and consistent (see, *inter alia*, *Cyprus v. Turkey*, *Al-Skeini and Others, Georgia v. Russia (II)* and *Hassan*, all cited above). In *Hassan* (cited above, § 104), the Court confirmed that even in situations of international armed conflict, the safeguards under the Convention continue to apply. There can therefore be no doubt that the simultaneous application of provisions of international humanitarian law in a context of armed conflict cannot remove allegations of Convention violations from the Court's *ratione materiae* jurisdiction.

719. Rather, as the Court has made clear on many occasions, the Convention must be interpreted in harmony with the other rules of international law of which it forms part. In *Varnava and others* (cited above, § 185), for example, it held that Articles 2 and 5 of the Convention should be interpreted in so far as possible in light of the general principles of international law, including the rules of international humanitarian law which play an indispensable and universally-accepted role in mitigating the savagery and inhumanity of armed conflict. In *Georgia v. Russia (II)* (cited above, §§ 93–94), the Court therefore examined in respect of each of the Articles invoked by the applicant State whether there was a conflict between the relevant international humanitarian law provisions and the Convention provisions. Since no conflict arose in respect of any of the complaints, the Court determined them by reference to Convention principles only (see §§ 194–222; 234–256; 266–281; 290–301; 310–14; and 323–327).

720. In the present case, the Court would observe that there is no apparent conflict between the provisions of the Convention and the relevant provisions of international humanitarian law in respect of the complaints made, with the possible exception of the complaints under the substantive limb of Article 2. In so far as the incidental killing of civilians may not be incompatible with international humanitarian law subject to the principle of proportionality, this may not be entirely consistent with the guarantees afforded by Article 2 of the Convention. It will therefore be for the Court, at the merits stage of the present case, to determine how Article 2 ought to be interpreted as regards allegations of the unintentional killing of civilians in the context of an armed conflict, having regard to the content of international humanitarian law.

721. The Court accordingly has *ratione materiae* jurisdiction to examine the applicant States' allegations concerning the downing of flight MH17, shellings and other events which occurred during com-

bat, and the treatment of prisoners of war. The objection of the respondent Government in this respect is dismissed.

(...)

VI. *Compliance with Article 35 § 1 of the Convention*

A. The parties' submissions
(Enz., red.)

B. The Court's assessment

767. At the time of lodging of the applications, Article 35 § 1 provided:

'The Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognised rules of international law, and within a period of six months from the date on which the final decision was taken.'

768. Article 35 § 1 has since been amended to reduce the six-month period to four months.

1. General principles under Article 35 § 1

(a) Exhaustion of domestic remedies

769. The rationale behind the exhaustion rule is that States are dispensed from answering before an international body for their acts before they have had an opportunity to put matters right through their own legal system. The rule is based on the assumption, reflected in Article 13 of the Convention, that there is an effective remedy available in the domestic system in respect of alleged breaches of the Convention. In this way, it is an important aspect of the principle that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights. (see the Preamble to the Convention; *Akdivar and Others v. Turkey*, 16 September 1996, § 65, *Reports* 1996-IV; and *Vučković and Others v. Serbia* (preliminary objection) [GC], nos. 17153/11 and 29 others, § 69, 25 March 2014).

770. The obligation to exhaust domestic remedies requires victims or their heirs to make normal use of remedies which are available and sufficient in respect of their Convention grievances. The existence of the remedies in question must be sufficiently certain not only in theory but in practice. To be effective, a remedy must be capable of directly redressing the impugned state of affairs and must offer reasonable prospects of success. The existence of mere doubts as to the prospects of success of a particular remedy which is not obviously futile is not a valid reason for failing to exhaust that avenue of redress. However, the Court has frequently underlined the need to apply the exhaustion rule with some degree of flexibility and without excessive formalism (see *Akdivar and Others*, cited above, §§ 66-69; *Vučković and Others*, cited above, §§ 71 and 74; and *Mocanu and others v. Romania* [GC], nos. 10865/09 and 2 others, §§ 222-24, ECHR 2014 (extracts)).

771. It is incumbent on the Government claiming non-exhaustion to satisfy the Court that the remedy was an effective one, available in theory and in practice at the relevant time. Once this burden has been satisfied, it falls to the applicant to establish that the remedy advanced by the Government was in fact exhausted or was inadequate and ineffective in the particular circumstances of the case; or that there were other special circumstances absolving him or her from the requirement to exhaust it (see *Akdivar and Others*, cited above, § 68; *Vučković and Others*, cited above, § 77; and *Mocanu and Others*, cited above, § 225).

772. The Court explained in *Demopoulos and Others v. Turkey* ((dec.) [GC], nos. 46113/99 and 7 others, § 98, ECHR 2010) that factual or legal borders are not an obstacle in themselves to the exhaustion of domestic remedies. As a general rule, therefore, applicants living outside the jurisdiction of a Contracting State are not exempted from exhausting domestic remedies within that State, practical inconveniences or understandable personal reluctance notwithstanding. Applicants have not infrequently been required to exhaust domestic remedies even where they have not chosen voluntarily to place themselves under the jurisdiction of the respondent State (see *Demopoulos and Others*, cited above, § 101-03; *Pad and Others*, cited above; and *Al-Saadon and Mufdhi v. United Kingdom* (dec.), no. 61498/08, 30 June 2009).

773. Nevertheless, the Court has in some cases made allowances for the very real difficulties which may be faced by individuals trying to exhaust domestic remedies in circumstances of international conflict. It has therefore found there to be special circumstances absolving applicants of exhausting remedies in respect of complaints by displaced persons in the context of the conflict in Nagorno Karabakh in view of the respondent State's denial of involvement or jurisdiction as well as the political and general context and the considerable practical difficulties in bringing and pursuing legal proceedings in the other country (see *Chiragov and Others*, cited above, § 119; and *Sargsyan*, cited above, §§ 117-19).

774. The rule in Article 35 § 1 that the Court may only deal with a matter after 'all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognised rules of international law' applies to inter-State applications in the same way as it does to individuals when the applicant State does no more than denounce a violation or violations allegedly suffered by individuals whose place is taken by the State (see *Ukraine v. Russia (re Crimea)*, cited above, § 363)). While the rule applies in inter-State cases, however, it does not apply to the applicant State as such: those who must have exhausted remedies afforded by the national legal system are the victims or their heirs (see, for example, the discussion of exhaustion of domestic remedies in the Commission's decision on the admissibility of application no. 788/60, *Austria v. Italy*, cited above, pp. 166-78). Moreover, it is clear that the remedies which ought

to have been exhausted are those provided by the national legal system of the State alleged to be responsible (see, for example, *Akdivar and others*, cited above, § 65, and *Vučković and Others*, cited above, § 70; and Article 14 of the ILC ADP at A 89). In other words, there is no obligation for victims and their heirs to have sought to pursue remedies in other States or to seek redress for their grievances indirectly through procedures available under international law.

775. The exhaustion rule does not apply to applications brought under Article 33 of the Convention where the applicant State complains of legislative measures or an administrative practice, with the aim of preventing its continuation or recurrence, but does not ask the Court to give a decision on each of the cases put forward as proof or illustrations of that practice (see *Ireland v. the United Kingdom*, cited above, § 159; and *Denmark v. Turkey* (dec.), no. 34382/97, 8 June 1999). In this case both component elements of the alleged administrative practice (the 'repetition of acts' and 'official tolerance') must be sufficiently substantiated by prima facie evidence (see the *Crimea* decision, cited above, §§ 363 and 366). The rationale behind this exception is that where there is both repetition of acts and official tolerance, any remedies would clearly be ineffective at putting an end to the impugned administrative practice (see *Georgia v. Russia (I)* [GC], no. 13255/07, §§ 124-25, ECHR 2014 (extracts)).

(b) The six-month time-limit

776. The requirement contained in Article 35 § 1 concerning the exhaustion of domestic remedies is closely interrelated with the requirement of compliance with the six-month period. After all, the two requirements are not only combined in the same Article but are also expressed in a single sentence whose grammatical construction implies such correlation (see *Ulemek v. Croatia*, no. 21613/16, § 78, 31 October 2019; and *Gregaćević v. Croatia*, no. 58331/09, § 35, 10 July 2012, with further references).

777. The object of what was, at the relevant time, the six-month time-limit under Article 35 § 1 is to promote legal certainty by ensuring that cases raising issues under the Convention are dealt with in a reasonable time, that past decisions are not continually open to challenge, and that the authorities and other persons concerned are not kept in a state of uncertainty for a long period of time (*Sabri Güneş v. Turkey* [GC], no. 27396/06, §§ 39-40, 29 June 2012). The rule also ensures that, in so far as possible, matters are examined while they are still fresh, before the passage of time makes it difficult to ascertain the pertinent facts and renders a fair examination of the question at issue almost impossible (*Jeronovičs v. Latvia* [GC], no. 44898/10, § 74, 5 July 2016). It thus serves the interests not only of the respondent Government but of legal certainty as a value in itself. It marks out the temporal limits of supervision carried out by the organs of the Conven-

tion and signals to both individuals and State authorities the period beyond which such supervision is no longer possible (see, recently, *Radomilja and Others v. Croatia* [GC], nos. 37685/10 and 22768/12, § 138, 20 March 2018, and the authorities to which it refers).

778. As a rule, the six-month period runs from the date of the final decision in the process of exhaustion of domestic remedies. Where it is clear from the outset that no effective remedy is available to the applicant, the period runs from the date of the acts or measures complained of, or from the date of knowledge of that act or its effect on or prejudice to the applicant (see *Varnava and Others*, cited above, § 157; and *Sabri Güneş*, cited above, § 54). However, Article 35 § 1 cannot be interpreted in a manner which would require an applicant to seize the Court of his complaint before his position in connection with the matter has been finally settled at the domestic level. Accordingly, where an applicant avails himself of an apparently existing remedy and only subsequently becomes aware of circumstances which render the remedy ineffective, it may be appropriate to take the start of the six-month period as the date when the applicant first became or ought to have become aware of those circumstances (*Varnava and Others*, cited above, § 157; and *Mocanu and Others*, cited above, § 260).

779. In some continuing situations, the Article 35 § 1 time-limit starts afresh each day and it is only once the situation ceases that the final period of six months will run to its end (see *Sabri Güneş*, cited above, § 54; and *Mocanu and Others*, cited above, § 261). In this respect, a distinction is to be drawn between cases where an applicant is subject to an ongoing violation (as in *Dudgeon v. the United Kingdom*, judgment of 22 October 1981, Series A no. 45, which concerned a legislative provision which intruded, continuously, on the applicant's private life) and cases where the continuing situation flows from a factual situation arising at a particular point in time (as in *Varnava and Others*, cited above, concerning disappearances). Only ongoing violations will automatically result in the time-limit being started afresh each day for an indefinite period of time (see the Chamber's explanation in *Varnava and Others v. Turkey*, nos. 16064/90 and 8 others, § 117, 10 January 2008, subsequently endorsed by the Grand Chamber at § 161 of its judgment).

780. In continuing situations flowing from a factual situation arising at a particular point in time, the Court has formulated an obligation of diligence which arises where time is of the essence in resolving the issues raised (see *Varnava and Others*, cited above, § 160; and *Mocanu and Others*, cited above, § 262). In such cases, there is a burden on the applicant to ensure that his or her claims are raised before the Court with the necessary expedition to ensure that they may be properly, and fairly, resolved. This is particularly true with respect to complaints relating to any obligation under the Convention to investigate certain events. As the passage of time

leads to the deterioration of evidence, time has an effect not only on the fulfilment of the State's obligation to investigate but also on the meaningfulness and effectiveness of the Court's own examination of the case. An applicant has to become active once it is clear that no effective investigation will be provided, in other words once it becomes apparent that the respondent State will not fulfil its obligation under the Convention. It follows that the obligation of diligence and expedition incumbent on applicants contains two distinct but closely linked aspects. First, the applicants must contact the domestic authorities promptly and diligently concerning progress in the investigation, since any delay risks compromising the effectiveness of the investigation. Second, they must lodge their application promptly with the Court as soon as they become aware or should have become aware that the investigation is not effective (*Varnava and Others*, §§ 158 and 160-61; and *Mocanu and Others*, cited above, §§ 262-64).

781. In assessing diligence and expedition, the Court has regard to the complexity and the serious nature of the allegations as well as to any obstruction by the respondent State and its authorities in the provision of relevant information concerning the allegations. These factors may lead to the conclusion that it was reasonable for the applicant to wait for developments that could have resolved crucial factual or legal issues pertaining to his or her complaints (see *El-Masri*, cited above, § 142). Moreover, as long as there is some meaningful contact between relatives and the respondent State's authorities concerning complaints and requests for information, or some indication or realistic possibility of progress in investigative measures, considerations of undue delay by the applicants will not generally arise (see *Varnava and Others*, cited above, § 165; and *Mocanu and Others*, cited above, § 269). The Court has also recognised that in an exceptional situation of international conflict where no normal investigative procedures are available, applicants may reasonably await the outcome of the initiatives taken by their government and the United Nations where these procedures could have resulted in further investigative steps or provided the basis for further measures (see *Varnava and Others*, cited above, § 170).

2. Application of the general principles to the facts of the case

782. The Court underlines the novel nature of the inter-State case now before it. The vast majority of the Court's case-law on the six-month rule and the exhaustion requirement, summarised above, concerns domestic incidents with remedies in the State where the incident occurred and where the State whose authorities might ultimately be held responsible for failings under the Convention was not in doubt. While Article 35 § 1 creates an interplay between the six-month rule and the exhaustion of 'domestic' remedies (see paragraph 776 above), it does not clarify whether and how this interplay is to

be transposed to potential remedies outside the respondent State or to avenues which States themselves may wish to pursue at the international level prior to lodging an inter-State case with this Court. These are matters which the Court must consider when determining the compliance of the applicant States with Article 35 § 1 in the present case.

(a) Alleged administrative practices
783. The applicant Ukrainian Government contended that the alleged breaches of the Convention invoked in their applications about the general situation in eastern Ukraine and the alleged abduction and transfer to Russia of three groups of children and accompanying adults amounted to administrative practices.

784. As explained above, where there is an allegation of an administrative practice, the exhaustion requirement is inapplicable to that allegation (see paragraph 775 above). In so far as the applicant Ukrainian Government complain of administrative practices, the rule of exhaustion of domestic remedies is therefore not applicable and the respondent Government's objection in this respect is accordingly dismissed. The question whether the applicant State has succeeded in demonstrating the existence of the alleged administrative practice to the standard required at the admissibility stage is a separate question which must be answered in the affirmative before a case may proceed to consideration on the merits. This question is examined below (see paragraphs 828-890 regarding the general situation in eastern Ukraine and 895-898 regarding the alleged abduction and transfer to Russia of three groups of children and accompanying adults).

785. The six-month time-limit, however, applies to allegations of administrative practices and the Court must therefore determine whether it has been complied with.

786. Having regard to the nature and the scope of the complaints made in respect of the general situation in eastern Ukraine, the Court is satisfied that they concern a continuing situation of alleged ongoing violations. As a result, the six-month time-limit will only begin to run in respect of the allegations once the alleged violations have ceased (see paragraph 779 above). The Court will therefore consider in its examination of the evidence for each of the various administrative practices alleged (...) whether that evidence shows that the acts in question, if shown to have occurred, came to an end more than six months before the complaint was originally made to the Court in substance. Complaints about administrative practices which ended six months before the date on which the complaint was introduced must be declared inadmissible (see *Cyprus v. Turkey*, cited above § 104).

787. As regards the alleged abduction of the three groups of children and accompanying adults, the first complaint was made on 13 June 2014, a day after the first alleged abduction. The application form was submitted on 22 August 2014 and invoked

the alleged abductions of 26 July and 8 August 2014. It is not disputed, and the Court finds, that this complaint has been lodged in time.

(b) Complaints alleged to be akin to an administrative practice

788. The applicant Dutch Government contended that their application did more than simply take the place of individuals to denounce a violation suffered by them. They conceded that the allegations did not amount to an administrative practice as such but argued that their application nonetheless contained aspects of both types of inter-State applications. Their position was that the official policy of denial by the Russian Federation amounted to 'official tolerance' and that while the application might not concern a pattern of repetition of acts, it could not be said to relate to an isolated individual violation. Because of this, they argued, the exhaustion requirement did not apply (...).

789. The Court must therefore first assess whether the complaints made can be said to be akin to complaints of an administrative practice such that the requirement to exhaust domestic remedies simply does not apply to them. The Court finds that no such parallel can be drawn. It observes, first, that the application clearly denounces violations of the rights of identified individuals on board flight MH17 and their relatives. Although the application, by seeking to ensure the collective enforcement of the rights guaranteed by the Convention, contributes to the protection of the public order of Europe, it cannot be said that it complains of 'general issues' (...). Moreover, as explained above (see paragraph 775), the rationale behind the exception to the exhaustion requirement in cases invoking an administrative practice is that where there is both repetition of acts and official tolerance, any remedies would clearly be ineffective at putting an end to the impugned practice. It is the recurrence of the acts, itself enabled by the inaction of the authorities in response to previous acts of a similar nature, that leads to the conclusion that remedies would not be effective to prevent these acts from happening. Such considerations do not apply to the single act of downing flight MH17.

790. The allegations linked to the downing of flight MH17 must therefore be viewed as allegations of individual violations which are substantially similar to claims filed in the context of diplomatic protection under international law.

(c) Individual violations
(Enz., *red.*)

(ii) Complaints concerning the downing of flight MH17

799. In respect of the downing of flight MH17, the respondent Government have contested the compatibility of the application with both the exhaustion rule and the six-month rule. The Court will accordingly examine these two matters in turn.

(α) Objection as to exhaustion

800. As with the previous allegation relating to the alleged abduction of children, the respondent Government argued that a complaint should have been made to the investigating authorities of the Russian Federation and, in the event of an unfavourable decision from those authorities, an appeal should have been lodged with the court.

801. In the circumstances of the previous complaint, the Court upheld the respondent Government's objection that the remedy invoked was effective and ought to have been exhausted. In doing so, it referred to the broad agreement as to the underlying facts and underlined that it did not concern a situation in which the allegation of a violation was met by a blanket denial by the Russian authorities (...).

802. It is, however, noteworthy that, unlike in relation to the previous allegation, the complaint about the downing of flight MH17 has been met by the respondent Government with a blanket denial of any involvement whatsoever in the events leading to the incident. This denial represents their consistent position since the immediate aftermath of the incident.

803. Moreover, the complaints concern events which occurred outside the sovereign territory of the Russian Federation by perpetrators who were at the time unknown whose acts are said to be attributable to Russia. The respondent Government have not explained how the ICRF's jurisdiction in cases of the commission of crimes abroad by Russian nationals can be established where the identities of the perpetrators are unknown. They have provided no evidence that the ICRF has exercised its jurisdiction to open an investigation in such cases, either immediately or after remittal by a court following a successful Article 125 appeal. It would appear from evidence in the public domain that the approach of the ICRF in such cases is particularly restrictive and that the courts do not conduct any meaningful review of the exercise of the ICRF's discretion (A 9–12).

804. It is true that under Article 12 of the Russian criminal code, jurisdiction is expressed to be universal in the case of war crimes such that it would not be necessary to show that the perpetrators held Russian nationality in order for the ICRF to open a criminal investigation (A 1). Assuming that the complaint could have been made that the downing of flight MH17 amounted to a war crime, it is again relevant to consider what evidence is available as to the manner in which the ICRF exercises its jurisdiction where the alleged war crime in question took place abroad and the perpetrators were unknown. The respondent Government have provided no relevant information on this matter. Material in the public domain published on the internet site of the Russian Ministry of Defence shows that a number of such investigations have recently been opened into events in Ukraine since 24 February 2022 (A 32). It is however noteworthy that all investigations are into alleged war crimes committed by

Ukrainian nationals. According to the information published, no investigation has been opened into war crimes allegedly committed by Russian nationals, despite extensive media coverage that such crimes have been committed which would appear to merit further examination.

805. Moreover, the Court has concerns as to whether the remedy relied upon by the respondent Government can be considered effective in cases with a political dimension in which State agents are allegedly implicated in the commission of a crime condemned by the UN Security Council (A 47) and one which, even today, remains under intense international scrutiny. In this regard, again the respondent Government have provided no relevant information. However, it is noteworthy that the Court found a violation of the procedural aspect of Article 2 in the case of *Carter*, cited above, §§ 138–48, concerning the high-profile poisoning of a Russian dissident abroad by State agents, on account of the ineffectiveness of the criminal investigation in Russia (see also the statement of facts and questions to the parties in the pending case of *Navalnyy v. Russia*, no. 36418/20, communicated on 12 January 2021).

806. Finally, the Court observes that the Russian authorities were clearly aware of the allegation that Russian nationals had been involved in the downing of flight MH17 from, at the very latest, June 2019 (...). The respondent Government have, moreover, not suggested that the submission of the victims' relatives that they had tried to obtain information from the respondent Government on multiple occasions and had contacted the President of the Russian Federation as early as January 2016 (...) was inaccurate. Their insistence in the present proceedings on the need for a request from the victims' relatives or the authorities of the Netherlands to the investigative authorities of the Russian Federation (...) displays a formalistic approach which is hard to reconcile with the broad circumstances in which a criminal investigation can be initiated set out in Article 140 of the Russian Code of Criminal Procedure, which enables an investigation to be opened based on a communication about a crime 'received from other sources' (A 2). The failure to initiate a criminal investigation in these circumstances further corroborates the doubts expressed above as to the effectiveness of the remedy proposed in cases with a political dimension in which State agents are implicated in the commission of a crime.

807. In conclusion, the respondent Government have not discharged the burden incumbent on them of showing that there was an effective remedy available to the victims' relatives which offered reasonable prospects of success in respect of their complaints.

(β) Objection as to six months

808. The applicant Dutch Government's position was that the alleged procedural violation of Article 2 and the alleged violations of Articles 3 and 13 were continuing and that, as a result, the six-month

time-limit had not yet begun to run in respect of them. They further argued that in the circumstances of the case, the complaint in respect of the alleged substantive violation of Article 2 had also been submitted in time.

809. The allegation of a violation of the substantive aspect of Article 2 of the Convention concerns the downing of flight MH17 on 17 July 2014. The Court has found that in the particular circumstances of this case there were no effective domestic remedies available. The normal starting point would therefore be that the six-month period began to run on the date of the incident itself. However, the application of such an approach in respect of the present application would be incompatible with the interests of justice and with the objectives of the six-month time-limit itself for a number of reasons.

810. First, the general approach outlined above (see paragraphs 776–781) was developed in the context of cases where the identity of the State allegedly responsible for a violation of the Convention was apparent from the date of the impugned act itself. This is either because the cases were purely domestic such that only the national State could be held responsible; or because there was no doubt that the alleged perpetrators were the agents of a particular State. By contrast, while some intelligence information suggesting the involvement of the respondent State in the downing of flight MH17 was quickly available, there remained a real lack of clarity as to the precise circumstances surrounding the incident, including the identities of the perpetrators, the weapon used and the extent of any State's control over the area where the flight had been downed. Moreover, it must be recalled that the allegations as to the Russian Federation's role in the downing of flight MH17 were and still are met by the respondent Government with a categorical denial of any involvement whatsoever in the actions of the separatists or the provision of a Buk-TELAR. In view of these circumstances, the applicant Dutch Government cannot be faulted for awaiting the receipt of sufficiently credible and specific evidence before lodging their application, rather than referring the complaints to the Court on the basis of speculation and intelligence material. Article 35 § 1 cannot be interpreted in a manner which would require an applicant State to seize the Court of its complaint before having reasonably satisfied itself that there had been an alleged breach of the provisions of the Convention by another High Contracting Party and before that State had been identified with sufficient certainty to bring such a case.

811. Second, while no investigation was undertaken in the respondent State in respect of the present complaints, it would be artificial to ignore the investigative steps taken in the Netherlands and in the context of the JIT which enabled the circumstances of the downing of flight MH17 to be clarified (A 1641-901). One of the purposes of requiring applicants complaining of criminal acts to await the outcome of effective domestic investigations is pre-

cisely to enable the facts of the matter to be elucidated. This facilitates the Court's own subsequent examination of the case. The highly unusual combination of events in the present application means that the criminal investigation, carried out in the Netherlands, cannot be seen as a 'domestic' remedy in respect of complaints lodged against the Russian Federation. However, there is no credible suggestion that the criminal investigation carried out by the Dutch authorities with the assistance of the JIT was not an investigation capable of complying with the requirements of Article 2. It would be unjust and contrary to the purpose of Article 35 § 1 if the effect of reasonably awaiting relevant findings of an independent, prompt and effective criminal investigation, in order to assist the Court in its assessment of the complaints, was to render those complaints out of time.

812. Third, the present dispute being between States, it must be acknowledged that as well as potential domestic remedies there were potential remedies under international law which might have afforded redress for the applicant Dutch Government's complaints, including invoking State responsibility. These remedies are not mentioned in Article 35 § 1 and as a result the running of the time-limit in that Article is not linked to their exercise. However, the Court has already accepted that in some circumstances it may be appropriate to have regard to such remedies when assessing whether the obligation of diligence has been met (see paragraph 781 above). This is particularly relevant where the argument is not that particular State agents ought to be identified and punished but rather that the State itself, at the highest level of government, bears responsibility for the Convention breach alleged.

813. Turning to the facts of the present application, the Court notes that the DSB report published in October 2015 showed that flight MH17 had been downed by a missile and indicated the location of the aircraft and the general area from which the missile had been launched (A 1635-38). However, it was the extensive work of the JIT that established more clearly the circumstances in which the missile was alleged to have been fired, including pinpointing the exact launch site, and provided evidence as to the involvement of the respondent State (A 1644-793 and 1859-901). On 28 September 2016, the JIT presented its first findings identifying the specific missile responsible, the vehicle which had launched it and the location of the launch in an area then under the control of the separatists; and disclosing evidence that the Buk-TELAR had been transported from the territory of the Russian Federation into Ukraine and returned to the Russian Federation after the launch (A 1859-72). On 24 May 2018, the JIT presented its conclusion that the Buk-TELAR belonged to the 53rd AAMB, a unit of the armed forces of the Russian Federation, and had been part of a convoy that had travelled from its base in the Russian Federation towards the Ukrainian border between 23 and 25 June 2014 (A 1873-80). On 19 June

2019, the JIT announced the names of the four suspects to be prosecuted for their role in causing the crash of flight MH17 (A 1881-89). In November 2019, the JIT indicated that it was looking for information on the persons within the military and administrative hierarchy involved in the downing of flight MH17 (A 1890-900). In March 2020, the trial of the four individuals began before the first instance court in The Hague and the verdict was handed down on 17 November 2022 (A 1964-76). As at the date of the adoption of the present decision, it is not known whether any appeals have been lodged (...).

814. Meanwhile, on 25 May 2018, the Netherlands and Australia invoked the international responsibility of the Russian Federation for breaches of international law which they alleged constituted internationally wrongful acts (see... and A 2038-39). That responsibility, they claimed, gave rise to legal consequences for the Russian Federation to, among other things accept fully its responsibility for those internationally wrongful acts and provide full reparation for the injury caused by them. They requested that the Russian Federation enter into negotiations with them in relation to these breaches of international law and the legal consequences that flowed from them. A first round of State responsibility talks between Australia, the Netherlands and Russia took place in early March 2019. Further trilateral meetings subsequently took place until the respondent State announced in October 2020 its decision to stop participating in them (...). The Court considers that it was legitimate for the applicant Dutch Government to explore this opportunity afforded by international law which could potentially have resulted in further or renewed engagement by the Russian Federation and, ultimately, a settlement agreement.

815. The Court reiterates that the aim of the time-limit in Article 35 § 1 is to promote legal certainty and to ensure that matters are examined while they are still fresh, before the passage of time makes it difficult to ascertain the pertinent facts and renders a fair examination of the question at issue almost impossible (see paragraph 777 above). On the specific facts of this case, none of these considerations is undermined by the lodging of the application on 10 July 2020, some six years after the aircraft was downed. The incident was immediately discussed in the Security Council of the United Nations, of which Russia is a permanent member, and it remains under its active consideration (A 47-50). The JIT investigation and the evidence gathered by it have been publicised — indeed, the Russian Federation has responded publicly to the investigation's findings on more than one occasion (A 2031-37). Throughout the investigation, numerous mutual legal assistance requests have been made to the Russian authorities by investigators and the examining magistrate in the MH17 trial, including a request of 15 October 2014 for satellite images, primary radar images and any further information related to the

circumstances of the crash and possible suspects; a request of 1 March 2017 for non-processed radar data from particular radar stations; a request of 7 March 2018 for written answers to questions concerning Messrs Dubinsky, Tkachev, Geranin and Bezler and for copies of statements/interview transcripts of Messrs Girkin, Agapov and Baturin; requests of 6 April and 6 June 2018 with a number of questions about visual material concerning a Buk-TELAR; requests in September 2019 for the provisional arrest of Mr Tsemakh; and a request of the examining magistrate to interview the commander of the 53rd AAMB (A 1797-829, 1838-59 and 1960). The criminal trial in The Hague was conducted under close media scrutiny and with every effort to make the proceedings accessible to relatives and the public. It cannot therefore be said that the matter of the downing of flight MH17 is not fresh or that there has been a delay in the referral of the complaints to this Court such that it would be difficult to ascertain the pertinent facts, rendering a fair examination of the allegations almost impossible. On the contrary, it is precisely because of these steps undertaken by the JIT and the Dutch authorities that the pertinent facts have been elucidated. The investigative steps were begun promptly and have continued regularly and diligently since then in a transparent and open manner in which the engagement of the authorities of the respondent State has been frequently and consistently sought.

816. The Court accordingly concludes that in the exceptional circumstances of the present application the complaint under the substantive limb of Article 2 has been lodged in time. The associated complaints under the procedural limb of Article 2, under Article 3 and under Article 13 must also be regarded as having been lodged in time.

(γ) Conclusion

817. The respondent Government's formal objections under Article 35 § 1 in respect of the applicant Dutch Government's complaints regarding the downing of flight MH17 are accordingly dismissed.

VII. Prima facie evidence of alleged violations

(Enz., red.)

For these reasons, the Court,

1. *Dismisses*, unanimously, the respondent Government's objection that the applications lack the requirements of a genuine allegation under Article 33 of the Convention;

2. *Holds*, unanimously, that the complaints by the applicant Ukrainian Government concerning events which took place in the territory under separatist control from 11 May 2014 fall within the jurisdiction *ratione loci* of the respondent State within the meaning of Article 1 of the Convention and dismisses the respondent Government's objection in this respect;

3. *Joins to the merits*, by a majority, the objection raised by the respondent Government as to whether the applicant Ukrainian Government's complaints of administrative practices of shelling in violation of Article 2 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention, together with associated Article 14 complaints, fall within the Article 1 jurisdiction of the respondent State;

4. *Holds*, by a majority, that the complaints by the applicant Dutch Government concerning the downing of flight MH17 fall within the jurisdiction *ratione loci* of the respondent State within the meaning of Article 1 of the Convention and dismisses the respondent Government's objection in this respect;

5. *Holds*, unanimously, that the complaints concerning armed conflict fall within the *ratione materiae* jurisdiction of the Court and *dismisses* the objection of the respondent Government in this respect;

6. *Declares*, unanimously, inadmissible the complaint of the applicant Ukrainian Government under Article 3 of Protocol No. 1 to the Convention as outside the *ratione materiae* jurisdiction of the Court;

7. *Declares*, unanimously, that the rule of exhaustion of domestic remedies is not applicable to the allegations of the existence of administrative practices and accordingly *dismisses* the respondent Government's objection of non-exhaustion of domestic remedies in respect of the complaints concerned;

8. *Dismisses*, unanimously, the respondent Government's objection on grounds of failure to comply with the six-month time-limit and *declares*, unanimously, admissible, without prejudging the merits:

(a) the complaint of an administrative practice in breach of Article 2 of the Convention consisting of unlawful military attacks against civilians and civilian objects, including the shooting down of flight MH17 on 17 July 2014; the shooting of civilians and the summary execution and torture or beating to death of civilians and Ukrainian soldiers who were prisoners of war or otherwise *hors de combat*;

(b) the complaint of an administrative practice in breach of Article 3 of the Convention consisting of the torture of civilians and Ukrainian soldiers who were prisoners of war or otherwise *hors de combat*, including instances of sexual violence and rape, and inhuman and degrading conditions of detention;

(c) the complaint of an administrative practice in breach of Article 4 § 2 of the Convention consisting of forced labour;

(d) the complaint of an administrative practice in breach of Article 5 of the Convention consisting of abductions, unlawful arrests and lengthy unlawful detentions;

(e) the complaint of an administrative practice in breach of Article 9 of the Convention consisting of deliberate attacks on, and intimidation of, various religious congregations not conforming to the Russian Orthodox tradition;

(f) the complaint of an administrative practice in breach of Article 10 of the Convention consisting of the targeting of independent journalists and the blocking of Ukrainian broadcasters;

(g) the complaint of an administrative practice in breach of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention consisting of the destruction of private property, including civilian homes and vehicles; the theft and looting of private and commercial property; and the unlawful appropriation of private property without compensation;

(h) the complaint of an administrative practice in breach of Article 2 of Protocol No. 1 to the Convention consisting of the prohibition of education in the Ukrainian language;

(i) the complaint of an administrative practice in breach of Article 14, taken in conjunction with the admissible complaints under Articles 2, 3, 4 § 2, 5, 9 and 10 of the Convention and Articles 1 and 2 of Protocol No. 1 to the Convention, consisting of the targeting of civilians of Ukrainian ethnicity or citizens who supported Ukrainian territorial integrity;

9. *Declares*, by a majority, admissible, without prejudging the merits, the complaint of an administrative practice in violation of Articles 3, 5 and 8 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 4 to the Convention in respect of the alleged abduction and transfer to Russia of three groups of children and accompanying adults;

10. *Declares*, by a majority, inadmissible the individual complaints concerning the alleged abduction and transfer to Russia of three groups of children and accompanying adults for failure to exhaust domestic remedies;

11. *Dismisses*, unanimously, the respondent Government's objections under Article 35 § 1 on grounds of non-exhaustion of domestic remedies in respect of the complaints concerning the downing of flight MH17;

12. *Dismisses*, by a majority, the respondent Government's objections under Article 35 § 1 on grounds of failure to comply with the six-month time-limit in respect of the complaints concerning the downing of flight MH17;

13. *Joins to the merits*, by a majority, the question whether the suffering of the relatives of the victims of the downing of flight MH17 met the minimum threshold of severity to fall within the scope of Article 3 of the Convention;

14. *Declares*, by a majority, admissible, without prejudging the merits, the individual complaints under the procedural and substantive limbs of Article 2, Article 3 and Article 13 of the Convention in respect of the downing of flight MH17; and

15. *Declares*, unanimously, the remaining complaints inadmissible.

Noot

1. In Nederland heeft de hier besproken uitspraak bekendheid gekregen als de *MH17*-zaak, maar het EHRM behandelt hier drie afzonderlijke

klachten. Het gaat om drie interstatelijke klachten, alle gericht tegen de Russische Federatie. Twee klachten werden in 2014 ingediend door Oekraïne; de derde, in 2020, door Nederland. Wat de drie klachten gemeen hebben, is dat ze betrekking hebben op het Russische optreden in Oost-Oekraïne in 2014. Over de Russische invasie van 24 februari 2022 en de oorlog die daarop volgde, gaat het hier dus niet – maar dat gaat veranderen; zie punt 24 hieronder.

In de eerste zaak stelt Oekraïne dat Rusland aansprakelijk is voor het handelen van pro-Russische separatisten in de 'Volksrepubliek Donetsk' en de 'Volksrepubliek Luhansk', en voor het optreden van Russische militairen die betrokken waren bij het conflict dat zich in het voorjaar van 2014 ontspon in het oosten van Oekraïne. Daarbij zou een groot aantal bepalingen van het EVRM systematisch zijn geschonden.

De tweede zaak heeft betrekking op de ontvoering van drie groepen kinderen in Oost-Oekraïne in de zomer van 2014. De kinderen waren overgebracht naar Rusland; ze werden onder internationale druk weer teruggebracht naar Oekraïne.

De klacht van Nederland betreft het neerhalen, op 17 juli 2014, van vlucht MH17 van Malaysia Airlines boven Oost-Oekraïne. Daarbij kwamen 298 personen, onder wie 196 Nederlanders, om het leven. Nederland houdt Rusland aansprakelijk voor de aanslag en klaagt tevens over een gebrek aan medewerking bij het onderzoek naar de toedracht. De Russische opstelling zou nog verder hebben bijgedragen aan het verdriet van de nabestaanden van de slachtoffers van de ramp.

Op 25 januari 2023 publiceerde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) zijn ontvankelijkheidsbeslissing in deze drie, in de tussentijd gevoegde, zaken. De beslissing blijkt al eerder te zijn genomen: op 30 november 2022. Kennelijk is er veel tijd gemoeid geweest met vertaal- en redactiewerk. Het gaat dan ook om een uitzonderlijk omvangrijke uitspraak van 230 pagina's met ruim 800 pagina's aan bijlagen. Maar de essentie is eenvoudig: het Hof verklaart de drie klachten op vrijwel alle onderdelen ontvankelijk. Het Hof zal zich nu buigen over de merites van de zaak en daar, te zijner tijd, een arrest over wijzen.

2. Deze noot zal, ongetwijfeld tot opluchting van de lezer, een flink stuk bondiger zijn dan de uitspraak van het Hof. We zullen ons vooral richten op de elementen die vanuit Nederlands perspectief van direct belang zijn. Maar het noodlottige einde van vlucht MH17 kan natuurlijk niet los worden gezien van het drama dat zich in 2014 in Oost-Oekraïne ontvouwde. En is het toch ook wel interessant althans éven stil te staan bij de vraag hoe het EHRM omgaat met een staat waarvan het regime niet alleen een agressie-oorlog heeft ontketend, maar inmiddels ook op vrijwel dagelijkse basis dreigt met de inzet van kernwapens (op het moment van schrijven, eind mei 2023, blijft het bij dreigen). De hier besproken uitspraak sluit dan ook naadloos aan

bij alle aandacht die momenteel in de Raad van Europa uitgaat naar de oorlog in Oekraïne en daaraan gekoppeld de vraag hoe we ons tot Rusland moeten verhouden. Van die preoccupatie getuigt ook de Verklaring van Reykjavík, 'United around our values', op 17 mei 2023 aangenomen tijdens de vierde *summit* van staatshoofden en regeringsleiders van de 46 lidstaten van de Raad van Europa.

In deze noot wordt allereerst aandacht besteed aan de – in veel opzichten uitzonderlijke – procedure die in deze zaak is gevolgd (punten 3-7 van deze noot). Na een korte leeswijzer (punt 8) kijken we naar de beoordeling van de feiten, inclusief de cruciale vragen naar de oorzaak van de ramp met MH17 en de mogelijke toerekening daarvan aan Rusland (punten 9-11). Nauw daarmee verweven is de ogenschijnlijk technische vraag in hoeverre de inzittenden van MH17 ressorteerden onder de Russische 'rechtsmacht' in de zin van art. 1 EVRM (punten 12-17). Vervolgens staan we stil bij de laatste Russische verdedigingslinie: Nederland zou hebben verzuimd de nationale rechtsmiddelen uit te putten (punten 18-21). We sluiten af met een korte conclusie en vooruitblik (punten 22-26).

Het is onvermijdelijk dat een aantal elementen van deze lange en rijke uitspraak onbesproken blijft: met name het Russische verweer dat het klacht-recht hier voor politieke doeleinden werd misbruikt (verworpen: r.o. 482-502 van de beslissing), en de vraag in hoeverre er sprake is van *prima facie* bewijs van een schending van de door Oekraïne ingeroepen rechten (overwegend ja: r.o. 818-898).

Procedurele schermutselingen

3. Bij alle aandacht die, ook in de landelijke media, is uitgegaan naar de voor Nederland zo positief uitgevallen beslissing, zou men haast uit het oog verliezen hoe uitzonderlijk de gevolgde procedure is. Terwijl het Hof een werkvoorraad heeft van ruim 76.000 individuele klachten, is het aantal statenklachten uiterst beperkt. Bij de aanvaarding van het EVRM, in 1950, was het statenklachtrecht nog het eerst aangewezen middel om beweerde schendingen van het EVRM aan te kaarten. Weliswaar bestond ook de mogelijkheid voor individuele slachtoffers om een klacht in te dienen, maar alleen indien de desbetreffende Verdragspartij in een aparte verklaring had aangegeven het individuele klachtrecht te aanvaarden. Pas in 1998 verdoeven het facultatieve karakter van het individuele klachtrecht.

In de praktijk lagen de verhoudingen echter omgekeerd. Het aantal individuele klachten nam hand over hand toe; van het statenklachtrecht werd nauwelijks gebruik gemaakt. Kennelijk zagen de staten slechts in heel uitzonderlijke situaties voldoende aanleiding om tot een formele klacht over te gaan. Meestal betrof dat dan een hoog oplopend bilateraal geschil (zoals het conflict tussen Cyprus en Turkije); slechts een hoogst enkele keer werd een klacht ingediend zonder dat eigenbelang centraal stond (zoals de klacht, eind jaren '60, van Denemarken, Noor-

wegen, Zweden en Nederland tegen het Griekse kolonelsregime).

In de laatste jaren is er echter een kentering opgetreden – een kentering die de verslechtering van de internationale verhoudingen weerspiegelt. Georgië diende een viertal klachten in tegen Rusland, gevolgd door Oekraïne, dat meer dan tien opeenvolgende klachten indiende. Het militaire conflict tussen Armenië en Azerbeidzjan leidde tot een aantal klachten over en weer. In absolute aantallen gaat het nog steeds om een gering aantal zaken, maar de politieke lading is groot.

Tegen die rumoerige achtergrond besloot de Nederlandse regering dan toch ook dit uitzonderlijke middel in te zetten. Die beslissing werd ingegeven, aldus een persbericht van 10 juli 2020, door de wens om de nabestaanden van de slachtoffers van vlucht MH17 te ondersteunen. Daarnaast speelde mee dat Moskou iedere medewerking aan het onderzoek naar de ramp weigerde. Het kabinet gaf daarom de wens te kennen 'alle beschikbare en relevante informatie over het neerhalen van vlucht MH17 bij het EHRM in te brengen'. Daartoe werden gelijktijdig twee wegen bewandeld: naast de statenklacht intervenueerde de Nederlandse regering in de individuele klachtprocedures die nabestaanden inmiddels tegen Rusland waren gestart. Het gaat dan onder meer om de inmiddels gecommuniceerde zaken *Ayley e.a. t. Rusland* (nr. 25714/16) en *Angline e.a. t. Rusland* (nr. 56328/18).

Overigens speelt intussen ook de zaak *Ioppa e.a. t. Oekraïne* (nr. 73776/14), waarin de klagers hun pijlen op Oekraïne richten: dat land zou verzuimd hebben zijn luchtruim te sluiten, terwijl het wist dat vliegtuigen als MH17 een risico liepen. Eveneens gerelateerd, maar van heel andere aard, is de zaak die de NOS, RTL en De Volkskrant tegen Nederland hebben aangespannen vanwege een afgewezen Wob-verzoek om inzage in documenten rond de afhandeling van de MH17-crisis. Het EHRM legde deze zaak (nr. 20066/18) op 17 februari 2023 voor commentaar voor aan de Nederlandse regering.

4. Een statenklacht is méér dan een variant op een individuele klacht. In r.o. 385-386 van de onderhavige beslissing verwijst het Hof naar de gezamenlijke verantwoordelijkheid van de betrokken staten om '*ordre public européen*' te beschermen. Dat blijkt het duidelijkst bij klachten over wat het Hof algemene kwesties, '*general issues*', noemt. Maar ook klachten over individuele schendingen kunnen bijdragen aan de collectieve handhaving van de door het EVRM gewaarborgde rechten, aldus het Hof, ongeacht de nationaliteit van de slachtoffers en de mate waarin de belangen van de verzoekende staat door de vermeende schendingen worden geschaad.

Een statenklacht is ook in een heel praktische zin méér dan een individuele klacht: een statenklacht legt doorgaans een enorm beslag op het Hof. Nog los van de politieke dimensies, worden doorgaans grootschalige, structurele problemen aan de kaak gesteld en met overvloedig bewijsmateriaal on-

dersteund. In zekere zin is dat ook juist de bedoeling. Veelzeggend is in dit verband het betoeg van de toenmalige rechter Pettiti in de zaak *Kurt t. Turkije* (nr. 24276/94, arrest van 25 mei 1998), waarin een individuele klager stelde dat de mensenrechten in Turkije op systematische wijze werden geschonden. Een individuele klacht léént zich niet goed voor zo'n grote kwestie, aldus Pettiti: "a policy of systematic political disappearances may exist, as occurred in Brazil, Chile, Argentina, etc. In such cases, especially where they have been verified by the European Committee for the Prevention of Torture, it is for one or more member States of the Council of Europe to lodge an application against the State concerned. It would be cowardly to avoid the problem by leaving the Court to decide on the basis of an application by an individual. An application by a State would occasion an international regional inquiry enabling the situation to be assessed objectively and thoroughly". Inmiddels gebeurt dat dus in de verschillende zaken die Oekraïne en Georgië – en nu ook Nederland – tegen Rusland aanhangig hebben gemaakt. Daar hebben we het Hof ook voor. Maar dat neemt niet weg dat de zaken een zware wissel trekken op het Hof en zijn Griffie. Het is niet voor niets dat het Hof bij herhaling om versterking heeft gevraagd. Dat verzoek heeft gehoor gekregen op de *summit* van Reykjavik (genoemd in punt 2): zie §§ 12 en 19 van Appendix IV bij de Verklaring.

Terug naar de statenklacht. Een ander verschil met individuele klachten blijkt in de ontvankelijkheidsfase: voor statenklachten geldt slechts het vereiste van uitputting van nationale rechtsmiddelen. De overige eisen van art. 35 EVRM, waaronder die dat een klacht niet kennelijk ongegrond (*'manifestly ill-founded'*) mag zijn, gelden alleen voor individuele klachten. Toch hanteert het Hof een algemeen beginsel: als het van meet af aan duidelijk is dat een statenklacht iedere grondslag mist, kan deze niet-ontvankelijk worden verklaard (zie r.o. 449). Dat betekent dat een staat 'sufficiently substantiated *prima facie* evidence' moet kunnen overleggen ter onderbouwing van zijn klacht (zie r.o. 450-451).

5. Terug naar de klacht van Oekraïne en Nederland tegen Rusland. De aanloop naar de hier besproken ontvankelijkheidsbeslissing was niet vrij van hobbels. Zo had het Hof vanaf de zomer van 2014 de handen vol aan een serie opeenvolgende Oekraïense klachten, die niet alleen op de situatie in het oosten van het land betrekking hadden, maar ook op de annexatie van de Krim. Naarmate de situatie escaleerde bleef Oekraïne aanvullende informatie indienen, die zich langzaam tot aparte klachten verdichtten. Daarop besloot het Hof de kwesties uit elkaar te trekken en de situatie in de Krim apart te behandelen. Die laatste zaak, *Ukraine v. Russia (re Crimea)* (nrs. 20958/14 en 38334/18, ontvankelijkheidsbeslissing van 16 december 2020), heeft minder aandacht gekregen dan de MH17-zaak. Maar de benadering van de Grote Kamer in de *Krim*-zaak heeft in veel opzichten de toon gezet.

In de onderhavige zaak beperkt de Grote Kamer zich dus tot de gebeurtenissen in Oost-Oekraïne. Maar die beperking bleek geen garantie voor een soepel vervolg van de procedure. Toen het Hof eind 2018 te kennen gaf dat het een hoorzitting wilde wijden aan de ontvankelijkheid en de merites van de zaak, protesteerde Rusland: voorlopig moest het eerst maar eens over de ontvankelijkheid van de klacht gaan. Toen vervolgens Oekraïne hetzelfde verzoek deed, ging het Hof schoorvoetend akkoord. Hetzelfde lot trof het voorstel van het Hof, in 2019, om een *fact-finding hearing* te organiseren: Rusland en Oekraïne hadden daar, althans in deze fase van de procedure, geen behoefte aan. Enigszins mokkend constateert het Hof dat zich derhalve uitsluitend op het zeer omvangrijke schriftelijke materiaal moet baseren (r.o. 396).

Nadat over en weer stukken waren ingediend, en de inmiddels door Nederland ingediende klacht bij de twee Oekraïense zaken was gevoegd, kondigde het Hof in juni 2021 aan dat het in november 2021 een hoorzitting zou houden. Maar nog voor het zover was, op 22 juli 2021, diende Rusland een 'tegenklacht' in (zaak nr. 36958/21): Moskou claimde dat Oekraïne verantwoordelijk was voor de systematische schending van verschillende mensenrechten. Ook het verongelukken van vlucht MH17 zou Oekraïne te verwijten zijn, omdat het land had nagelaten zijn luchtruim te sluiten. In één adem door verzocht Rusland het Hof om deze zaak te voegen met de behandeling van de door Oekraïne en Nederland ingediende klachten. Dat zou de behandeling van die zaken natuurlijk aanzienlijk vertragen. In r.o. 29 van de onderhavige ontvankelijkheidsbeslissing lezen we dat de Grote Kamer op 19 oktober 2021 besloot het Russische verzoek af te wijzen, met het argument dat voeging niet in het belang van een efficiënte rechtsbedeling zou zijn.

Daarmee waren nog niet alle obstakels omzeild. Nauwelijks drie weken later, op 8 november 2021, had de Russische rechter een onverwachte manoeuvre in petto. Het ging hier om een ad hoc-rechter, die was aangewezen omdat de zittende Russische rechter het einde van zijn mandaat zag naderen en zich uit de zaak had teruggetrokken, terwijl zijn opvolger nog niet was geïnstalleerd. Zonder opgave van reden liet deze ad hoc-rechter weten zich terug te trekken uit de zaak. En dat terwijl de hoorzitting in deze zaak twee weken later zou plaatsvinden, op een datum die al maanden eerder was vastgesteld. Het bleek niet mogelijk om op die korte termijn een andere ad hoc-rechter bereid te vinden de opengevallen plaats in te nemen. En zo besloot de president van het Hof – die ongetwijfeld verwijten vóór wilde blijven dat deze belangrijke zaak zonder inbreng van een Russische rechter was behandeld – in arren moede de hoorzitting uit te stellen. Zie uitgebreider over deze episode E. Myjer, 'De Grote Kamer en het bedroevende uitstel van de MH17-zaak', in *NTM/NJCM-Bulletin*, jrg. 47 (2022), pp. 140-142.

Uiteindelijk vond de hoorzitting plaats op 26 januari 2022. Nog geen maand later, in de vroege och-

tend van 24 februari 2022, zou het Russische leger Oekraïne binnenvallen.

6. Die inval leidde binnen drie weken, op 16 maart 2022, tot het besluit van het Comité van Ministers om het Russische lidmaatschap van de Raad van Europa te beëindigen. Hoe begrijpelijk dat ook was, het doorsnijden van de banden met Rusland zou allicht aanleiding geven voor de vrees dat Nederland en Oekraïne weliswaar hun *day in court* hadden gehad, maar dat de zaak nu een stille dood zou sterven.

Dat bleek niet het geval. Enkele dagen later, op 22 maart 2022, nam het EHRM, in een plenaire sessie bijeen, een resolutie aan ter vaststelling van de gevolgen van deze stap voor de positie van Rusland als partij bij het EVRM. Zie ook r.o. 36 van de onderhavige ontvankelijkheidsbeslissing. Op grond van art. 58 lid 1 EVRM heeft een Verdragspartij een opzeggingstermijn van zes maanden. Naar analogie bracht de beëindiging van het Russische lidmaatschap per 16 maart 2022 met zich dat Rusland tot 16 september 2022 gebonden bleef aan het EVRM. Daarnaast volgt uit de leden 2 en 3 van deze bepaling dat een staat die ophoudt partij te zijn bij het EVRM, niet wordt ontslagen van zijn verplichtingen uit hoofde van het EVRM en evenmin van aansprakelijkheden die voortvloeien uit eventuele schendingen van deze verplichtingen. Dit geldt ten aanzien van alle handelingen van de betreffende staat vóór de datum waarop hij ophoudt partij bij het verdrag te zijn. Voorts kondigde het Hof aan de behandeling van alle tegen Rusland aanhangige zaken voort te zetten; Rusland is en blijft onverkort gebonden aan de uitspraken van het Hof. Zie uitgebreider R.A. Lawson, 'Uitgesloten – De Raad van Europa beëindigt het Russische lidmaatschap na de invasie in Oekraïne', in *NTM/NJCM-Bulletin*, jrg. 47 (2022), afl. 2, pp. 206-222, en, recenter, het persbericht van het Hof van 3 februari 2023, 'Latest rulings by the European Court set out the procedure for future processing of applications against Russia'.

7. De onderhavige ontvankelijkheidsbeslissing bood het Hof, 'sitting in its highest judicial formation' (namelijk de Grote Kamer), de gelegenheid om zich in een concreet geschil, en dus in een bindende uitspraak, uit te laten over de nieuwe positie van Rusland onder het EVRM. Niet verrassend bevestigde de Grote Kamer de resolutie van 22 maart 2022: zie r.o. 389. Nu de feiten hebben plaatsgevonden vóór 16 september 2022, acht het Hof zich bevoegd om de klachten te behandelen. Een week eerder was het Hof al tot dezelfde conclusie gekomen in de zaak *Fedotova e.a. t. Rusland* (17 januari 2023, nr. 40792/10 e.a., r.o. 70-73).

Dat uitgangspunt is helder, maar een complicatie is wel dat Straatsburg sinds maart 2022 aanloopt tegen een muur van Russisch stilzwijgen. Rusland spreekt zich niet meer uit over de feitelijke aspecten van de zaak, voert geen verweer ten aanzien van de juridische vragen. Dat maakt de gebruikelijke procedure op tegenspraak onmogelijk. Rusland werkt overigens evenmin mee aan de tenuitvoerlegging

van uitspraken van het Hof. Niet alleen heeft Moskou officieel te kennen gegeven zich niets meer aan Straatsburg gelegen te laten liggen; in april 2023 nam het ook een wet aan die het strafbaar stelt om op enige wijze mee te werken aan de tenuitvoerlegging van beslissingen van internationale organisaties. Een poging om de executie van een Straatsburgs arrest te bevorderen of af te dwingen kan leiden tot maximaal vijf jaar gevangenisstraf.

Intussen gaat het Hof, zo goed en zo kwaad als het gaat, door met het behandelen van Russische zaken. Dat doet het zonder Russische rechter, want het Hof heeft geoordeeld dat de Russische zetel in het Hof kwam te vervallen op 16 september 2022, de dag dat Rusland niet langer partij was bij het EVRM. Dat betekende een uitzonderlijk snel einde van het mandaat van de in januari 2022 beëdigde rechter Lobov. Hij trok zich na de hoorzitting in de zaak *Oekraïne en Nederland t. Rusland* terug uit die zaak, waarna een van de andere rechters van het Hof de functie van 'Russische' ad hoc-rechter waarnam. Daarmee ontstond alsnog de situatie die het Hof in november 2021 nog had getracht te voorkomen.

Structuur van de ontvankelijkheidsbeslissing

8. Na alle procedurele schermutselingen kwam het Hof dan eindelijk toe aan een beslissing over de ontvankelijkheid. Gezien de omvang van de beslissing is een korte leeswijzer op zijn plaats. Het Hof begint met een uitvoerige beschrijving van het beschikbare materiaal, samengevat in r.o. 41-369, bij elkaar een kleine 50 pagina's. Daartoe behoort ook materiaal van 'open-source investigators' zoals Bellingcat, door het Hof omschreven als 'credible and serious' (r.o. 472). In een al bijna even uitvoerige verantwoording geeft het Hof aan hoe het dit materiaal zal beoordelen (r.o. 396-481, zie m.n. r.o. 435 e.v.).

Vervolgens gaat het Hof na of de gestelde feiten van dien aard zijn dat zij binnen de 'rechtsmacht' (*jurisdiction*) van Rusland kunnen vallen. Daartoe staat het eerst stil bij de toepasselijke beginselen (r.o. 503-575). Die beginselen past het Hof vervolgens toe op het concrete geval in, opnieuw, een zeer gedetailleerde analyse (r.o. 576-706). Het is in dit verband dat het Hof oordeelt dat er voldoende *prima facie* bewijs is om met de zaak verder te gaan. Dat betekent dat het Hof pas bij de behandeling van de merites zal overgaan tot een formele vaststelling van de feiten. Maar daar wordt in deze beslissing al een stevig voorschot op genomen.

Beoordeling van de feiten

9. De eerste Russische verdedigingslinie wordt bondig samengevat in r.o. 355: "The Russian Federation was not involved in the conflict in eastern Ukraine". Rusland verleende slechts humanitaire hulp aan de bevolking, die sinds 2014 zucht onder een onrechtmatig aan de macht gekomen regime dat een nazi-ideologie aanhangt en tegenstanders bruuft vervolgt. De Russische militairen die bij ge-

vechten gevangen waren genomen, waren per ongeluk de grens over getrokken. Bij de ramp met MH17 was Rusland evenmin betrokken. Het door Oekraïne en Nederland aangevoerde materiaal is onbetrouwbaar en gemanipuleerd. Bovendien, zo brengt Moskou naar voren, heeft Nederland 'a history of information operations against Russia' (r.o. 415).

Die linie blijkt op drijfzand gebouwd. Het Hof laat er niets van over. Het stelt vast dat Russische militairen in ieder geval vanaf april 2014 aanwezig waren in het oostelijk deel van Oekraïne. Op 11 mei 2014 stichtten pro-Russische separatisten hun eigen pseudo-staatjes, de 'Volksrepubliek Donetsk' en de 'Volksrepubliek Luhansk'. Het EHRM constateert dat deze entiteiten van meet af aan afhankelijk waren van Russische steun in militair, economisch en politiek opzicht. De Russen bepaalden de militaire strategie van de separatisten, voorzagen hen van wapens en voerden op verzoek artilleriebeschietingen uit op Oekraïense stellingen. Vanaf augustus 2014, en mogelijk al daarvoor, was het Russische leger op grote schaal aanwezig.

De Russische steun duurde voort in de maanden en jaren die daarop volgden, aldus het Hof, en was dusdanig krachtig dat Rusland in elk geval vanaf 11 mei 2014 'effective control' uitoefende in de beide 'Volksrepublieken' (r.o. 695). Dat betekent onder meer dat de handelingen en omissies van de separatistische entiteiten op dezelfde wijze aan Rusland kunnen worden toegerekend als de handelingen en omissies van 'gewone' staatsorganen aan de territoriale staat. Het is aan Rusland om desgewenst aan te tonen, bij de behandeling van de merites van de zaak, dat specifieke gebieden op enig moment *niet* door de separatisten werden beheerst, of dat specifieke gedragingen van specifieke separatisten *niet* aan Rusland kunnen worden toegerekend (r.o. 697).

10. Specifiek ten aanzien van het neerhalen van vlucht MH17 had Rusland betoogd dat een Oekraïense raket, afgevuurd vanuit een gebied dat door Oekraïne werd beheerst, voor de ramp verantwoordelijk was (r.o. 369). Het Hof verwierpt ook dit deel van het Russische betoog. Op basis van al het bijeengebrachte materiaal neemt het Hof aan dat er voldoende onderbouwd *prima facie* bewijs is voor de stelling dat de beruchte Buk-raket waarmee MH17 uit de lucht werd geschoten, uit Rusland naar Oekraïne is gebracht en is afgevuurd vanuit een gebied dat door separatisten werd beheerst, terwijl het vliegtuig op dat moment ook boven deze gebieden vloog (r.o. 702, 904-905). Dat volstaat in deze fase van de procedure om de klacht van Nederland, dat Rusland aansprakelijk is voor een schending van het recht op leven van de inzittenden van MH-17, ontvankelijk te kunnen verklaren.

Bij de analyse van het dossier spreekt het Hof zijn waardering uit voor het 'exceptional work' van het *Joint Investigation Team (JIT)* en het 'painstaking' onderzoek dat het heeft verricht (zie bv. r.o. 705). Omdat het door het JIT en het OM vergaarde materiaal als bewijs moest kunnen dienen in strafproces-

sen in elk van de betrokken landen, voldeed het onderzoek aan de hoogste eisen. Het vergaarde bewijs is derhalve betrouwbaar en authentiek, aldus het Hof (r.o. 467), dat daarmee het betoog van de Nederlandse regering volgt (r.o. 429). Dat geldt ook voor de bevindingen van de Onderzoeksraad voor de Veiligheid: het Hof acht deze gezaghebbend ('*authoritative*') waar het gaat om de technische oorzaak van de crash (r.o. 470).

Zoals gezegd, ging het er in deze fase van de procedure om of Nederland voldoende aannemelijk kon maken dat Rusland art. 2 EVRM had geschonden. Dat is dus het geval. Als de Russische regering een specifiek element van het dossier wil betwisten, zal ze specifieke argumenten en overtuigend tegenbewijs moeten overleggen. "No such particularised and substantiated challenge has been made in the present case" (r.o. 467). In theorie is het denkbaar dat Rusland alsnog tegenbewijs overlegt bij de behandeling van de merites van de zaak. Maar nu Rusland ervoor heeft gekozen niet meer deel te nemen aan de procedure, lijkt die kans nihil.

11. Terzijde. Het Hof constateerde in de door Rusland aangeleverde schriftelijke stukken al 'a distinct lack of frankness and transparency' (r.o. 456). Antwoorden op specifieke vragen bleven oppervlakkig en ontwijkend (r.o. 457), een 'constructive engagement' met het Hof bleef uit (r.o. 459). Kritiek op informatie afkomstig van internationale organisaties, zoals de VN en de OVSE, bleef algemeen van aard en werd nergens concreet onderbouwd (r.o. 461).

Hoe bont de Russen het maken, werd ook pijnlijk duidelijk tijdens de hoorzitting. De Russische regeringsvertegenwoordiger baseerde zich onder meer op de opvattingen van een deskundige die was 'benoemd' door de Rechtbank Den Haag in het kader van het strafproces tegen de vier verdachten van de aanslag op MH17. Deze deskundige had 'vastgesteld', aldus de regeringsvertegenwoordiger, dat MH17 was getroffen door een raket die in het bezit was van het Oekraïense leger, afgevuurd vanaf een gebied dat door het Oekraïense leger werd gecontroleerd. We kunnen het allemaal nazien op de website van het Hof, in de opnames van de hoorzitting (minuut 24); de betreffende passage wordt ook woordelijk weergegeven in r.o. 368-369.

Het Hof gelooft er niets van. Eerder had de Russische regering bij de schriftelijke stukken een uitgebreide verklaring ingebracht van dezelfde 'deskundige' (samengevat in pp. 572-575 van de bijlage bij de ontvankelijkheidsbeslissing). Hij werkte voor de Russische producent van de Buk-raketten en was een aantal maal ondervraagd door de Onderzoeksraad voor de Veiligheid. Uit de verklaring blijkt dat hij betwijfelde of MH17 wel door een Buk-raket was getroffen. Hij liet zich verder niet uit over de vraag hoe het vliegtuig dan wél was neergestort. Niets over de herkomst van de raket, Oekraïens of niet, en niets over het gebied waarvandaan deze zou zijn afgevuurd. En bovendien: uit niets blijkt, aldus het Hof, dat hij was benoemd door de Rechtbank

Den Haag, en al evenmin wat hij daar dan zou hebben verklaard en op basis waarvan. Uiteindelijk is het oordeel van het Hof nog buitengewoon mild: “The purported evidence ... presented by the Russian Federation is unpersuasive” (r.o. 701). Het was niet de eerste Russische leugen in deze zaak, het zou ook niet de laatste zijn. Maar het moet voor de agent van de Russische regering toch buitengewoon pijnlijk zijn onzinnig te verkopen en dan te zien hoe het Hof daar doorheen prikt.

Rechtsmacht

12. De alomvattende Russische steun aan de separatisten in Oost-Oekraïne heeft een tweede gevolg: de door hen beheerste gebieden vallen binnen de Russische ‘rechtsmacht’ in de zin van art. 1 EVRM, ook al bevinden zij zich buiten het Russische grondgebied (r.o. 695-696). Het Hof hanteert daarvoor een nieuw begrip: ‘spatial jurisdiction’ – een term die werd gemunt door de toenmalige rechter Pinto de Albuquerque in zijn *partly dissenting opinion* in de zaak *Georgië t. Rusland (II)* (arrest van 21 januari 2021, nr. 38263/08). Maar de redenering is niet nieuw: ze stamt uit het aloude arrest *Loizidou t. Turkije (preliminaire verweren)* (nr. 15318/89, arrest van 23 maart 1995, r.o. 62), en is met regelmaat bevestigd, zoals in *Ilaşcu e.a. t. Moldavië en Rusland* (nr. 48787/99, arrest van 8 juli 2004). De staat die *spatial* rechtsmacht uitoefent is, op grond van datzelfde artikel 1, verplicht de rechten en vrijheden van het Verdrag te verzekeren aan eenieder die zich in die gebieden bevindt.

De conclusie dat het door de separatisten bezette deel van Oekraïne binnen de Russische rechtsmacht valt, geldt voor de periode vanaf mei 2014. Maar in één grote beweging oordeelt het Hof in r.o. 695 dat deze situatie bleef bestaan tot 26 januari 2022, de dag van de hoorzitting in deze zaak. Oekraïne had immers geklaagd over voortdurende schendingen van het EVRM (r.o. 393), en Rusland had zelf desgevraagd bevestigd dat de situatie op de grond sinds 2014 ongewijzigd was gebleven. Aan deze constatering verbindt het Hof het voornemen om, voor zover Oekraïne klaagt over voortdurende schendingen, de ontwikkelingen tot 26 januari 2022 mee te nemen bij de beoordeling van de merites. Een mogelijk, zo voegt het Hof er dreigend aan toe, betreft het dan ook de ontwikkelingen van na 26 januari 2022 bij zijn beoordeling van de zaak. Daarover meer hieronder, in punt 24.

13. Ten aanzien van het bombarderen en beschieten van gebieden die nog in Oekraïense handen waren, volgt het Hof een andere benadering. Nu de getroffen gebieden niet werden beheerst door de separatisten – en daarmee door Rusland – vielen ze als zodanig ook niet binnen de *spatial* rechtsmacht van Rusland. Het Hof gaat daarom na of de ‘rechtsmacht’ op een andere voet kan worden geconstrueerd, namelijk doordat de slachtoffers van specifieke incidenten onder de ‘authority and control’ van Russische militairen (of door hen beheerste separatisten) vielen. Het vaststellen van deze perso-

nal ‘rechtsmacht’ vraagt om een gedetailleerde analyse van afzonderlijke incidenten (r.o. 700).

14. Die aanpak mag helder zijn, er gaat een enorme discussie achter schuil. Vragen over extraterritoriale rechtsmacht spelen weliswaar slechts in een gering aantal zaken, maar ze trekken de aandacht en blijven de gemoederen verdeeld houden. Grote politieke belangen spelen daarbij mee: in hoeverre heeft het Hof iets te zeggen over de militaire operaties die staten uitvoeren in het buitenland? In essentie staan er twee scholen tegenover elkaar. Enerzijds zijn er degenen die menen dat Straatsburg zich verre van het slagveld moet houden, want het EVRM is niet voor oorlogssituaties geschreven. Het verrast niet dat Rusland dit standpunt met verve naar voren brengt: r.o. 508-519. Anderzijds zijn er degenen die stellen dat de Verdragspartijen, ongeacht waar zij optreden, de rechten en vrijheden van het EVRM moeten respecteren. In een serie uitspraken die teruggaat tot de al genoemde *Loizidou*-zaak probeert het Hof een evenwicht te vinden. Een ondanbare taak, waarbij het Hof er maar zelden in slaagt iedereen te overtuigen, en ook onderling vaak verdeeld is. Zie voor een fraai overzicht P. Kempees, *‘Hard Power’ and the European Convention on Human Rights* (diss. Leiden, 2019), pp. 163-223.

In de *MH17*-zaak doet het Hof een nieuwe poging om zijn jurisprudentie op een rij te zetten en te systematiseren: zie r.o. 547-575. Dat leidt tot een helder overzicht van de rechtspraak, waarin het Hof verschillende categorieën van situaties van elkaar onderscheidt. Minder gelukkig is de keuze om in dit verband de concepten *ratione loci* en *ratione personae jurisdiction* ten tonele te voeren (r.o. 548): dat zijn begrippen die tot nu toe werden gebruikt om de bevoegdheid van het Hof te omschrijven. Het gebruik van die begrippen lijkt niet veel toe te voegen en kan weer tot conceptuele verwarrring leiden. Er valt nog veel meer over te zeggen – ook over de verhouding tussen de Straatsburgse jurisprudentie en de door de International Law Commission geformuleerde *Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts* (waar het Hof enige afstand van lijkt te nemen in r.o. 547) – maar dat voert te ver voor deze noot. De liefhebber zij verwezen naar twee uitvoerige commentaren, juist op dit punt, van Marko Milanovic op de website van de *European Journal of International Law*, EJIL:Talk, van 26 en 27 januari 2023.

Winst lijkt mij wel (maar ik ben hier bevooroordeeld) dat het Hof nu expliciet afstand neemt van de controversiële *Banković*-uitspraak (of in elk geval een element daarvan: zie punt 17 hieronder voor een ander element). In *Banković* (nr. 52207/99, ontvankelijkheidsbeslissing van 12 dec. 2001, r.o. 75), introduceerde het Hof een zwart/wit-model: ofwel een individu bevindt zich binnen de rechtsmacht van een Verdragspartij en maakt dan aanspraak op alle rechten en vrijheden van het EVRM; ofwel een individu bevindt zich buiten die rechtsmacht en heeft dan geen enkele aanspraak. *Tertium non datur*. Het verwerpt daarmee de stelling van de klagers, die

een gradueel model hadden bepleit dat rekening houdt met wat redelijkerwijze van een staat verwacht kan worden: naarmate een Verdragspartij meer macht of zeggenschap uitoefent over een individu, draagt zij meer verplichtingen jegens dat individu en moet ze redelijke en gepaste maatregelen nemen om de rechten en vrijheden van het EVRM te verzekeren. Het Hof wilde er niet van weten. Maar daar komt het nu met zoveel woorden op terug: 'the rejection of that proposition in *Banković* ... is no longer an accurate statement of the Court's approach' (r.o. 571). In zijn ijer gaat het Hof echter verder dan de klagers in *Banković*: indien een staat buiten zijn eigen grenzen een individu in zijn macht heeft, dient hij het genot te verzekeren van die rechten en vrijheden van het EVRM, die op dat moment 'relevant zijn' voor de betrokken burger (r.o. 571). Die formulering – die overigens niet uit de lucht komt vallen (zie bv. *Al Skeini en anderen t. VK* (nr. 55721/07, arrest van 7 juli 2011, NJ 2012/430, m.nt. N. Keijzer, r.o. 137) – belooft een hoog niveau van rechtsbescherming. De toekomst zal uitwijzen of dat een realistische benadering is.

15. Intussen blijft het vraagstuk van de extra-territoriale rechtsmacht weerbarstig. Kenmerkend is de complicatie die nog maar twee jaar geleden werd geïntroduceerd in de zaak *Georgië t. Rusland (II)* (nr. 38263/08, arrest van 21 januari 2021), hier samengevat in r.o. 557-558. Daarin oordeelde het Hof dat de slachtoffers die vallen tijdens 'military operations carried out during the active phase of hostilities', in een 'context of chaos', per definitie niet onder de rechtsmacht van de strijdende partijen vallen. Het EVRM is voor hen dan ook niet van toepassing. Het Hof kwam tot die benadering omdat het zich in dergelijke situaties geconfronteerd zag met de 'fog of war': tegenstrijdige verklaringen, een gebrek aan betrouwbare getuigen, mogelijk zeer omvangrijke schendingen enzovoorts (*Georgië t. Rusland (II)*, r.o. 141). Mochten de Verdragspartijen willen dat het Hof zich desondanks over dergelijke situaties buigt, dan dienen ze daar maar een rechtsbasis voor te creëren (en de benodigde financiële middelen ter beschikking stellen, maar dat zei het Hof er niet bij; r.o. 142). Sindsdien is het onder de Verdragspartijen angstvallig stil gebleven. Ook op de *summit* van Reykjavík (genoemd in punt 2) werd die handschoen niet opgepakt.

De door het Hof genoemde belemmeringen zijn reëel, al kan men zich afvragen hoe praktische bewijs- en capaciteitsproblemen nu van invloed kunnen zijn op de interpretatie van het begrip 'rechtsmacht'. Wat daar ook van zij, 's Hof's benadering heeft tot gevolg dat juist degenen die zich in een uiterst kwetsbare positie bevinden, wat het EVRM betreft, in een juridisch *no man's land* terecht komen. Juist daarom was het Hof op dit punt sterk verdeeld in *Georgië t. Rusland (II)* en de literatuur was buitengewoon kritisch.

Ik sluit niet uit dat de critici te veel hebben willen lezen in *Georgië t. Rusland (II)*, en ongewild de uitzondering van 'the active phase of hostilities' groter

hebben gemaakt dan nodig. In ieder geval neemt het Hof nu, in de *MH17*-zaak, in r.o. 558 wat gas terug: de uitzondering moet beperkt worden opgevat. De Russische inval in Georgië had geleid tot een korte, felle oorlog. Toen na vijf dagen een wapenstilstand werd bereikt, trad al meteen een andere fase in. Tegen die achtergrond had het Hof de gelegenheid de situatie te compartimenteren en die eerste vijf dagen buiten beschouwing te laten. En overigens waren er ook in die fase situaties die toch binnen de Russische rechtsmacht vielen, zoals de detentie van burgers en krijgsgevangenen. Zo maakt het Hof zijn uitspraak in *Georgië t. Rusland (II)* kleiner en kan het de situatie die in 2014 in Oost-Oekraïne ontstond *distinguishen*. Ik sluit daarbij niet uit dat het Hof, geconfronteerd met de huidige Russische agressie-oorlog in Oekraïne, überhaupt een beetje in zijn maag zat met het nog zo recent ingeslagen pad.

Hoe dan ook, de 'active phase of hostilities'-lijn is niet helemaal overboord gezet: zie r.o. 698. Het is nog steeds een relevante vraag in hoeverre er in elk van de door Oekraïne aan de kaak gestelde situaties sprake was van militaire operaties tijdens een intens gewapend treffen, en in hoeverre de geclaimde schendingen van mensenrechten rechtstreeks met zulk treffen verbonden waren. De beantwoording van die vraag schuift het Hof voor zich uit: die komt aan de orde als het over de merites van de zaak oordeelt. Daarover meer in punt 23 hieronder.

16. Op het neerhalen van vlucht MH17 is de uitzondering voor 'military operations carried out during the active phase of hostilities' in elk geval *niet* van toepassing, zo oordeelt het Hof in r.o. 703-705. Allereerst betekent chaos op de grond niet per definitie chaos in de lucht, aldus het Hof: gevechten zijn niet per se van invloed op de actie waarbij een geavanceerde raket op een doel hoog in de lucht wordt afgevuurd. En overigens is in casu niet gebleken dat er concreet werd gevochten in de directe omgeving van de plaats waarvandaan de Buk-raket werd afgevuurd. Daarnaast is het JIT er met zijn 'uitzonderlijke' onderzoek in geslaagd door de 'fog of war' heen te prikken, en heeft het buiten twijfel vastgesteld dat de betreffende raket door Rusland is geleverd en vervoerd, en is afgeschoten vanuit gebied dat door separatisten werd bezet. Daarmee vallen de slachtoffers van het neerhalen van vlucht MH-17 binnen de *spatial* rechtsmacht van Rusland in de zin van art. 1 EVRM.

De argumenten rammelen een beetje, maar voor een meerderheid van het Hof is het kennelijk voldoende. Nu het een ontvankelijkheidsbeslissing betreft, wordt de stemverhouding niet vermeld, en bestaat er voor de rechters geen mogelijkheid om *concurring* dan wel *dissenting opinions* op te nemen. We weten dus niet hoe de discussie in raadkamer over dit punt is verlopen.

17. Bij alle vreugde over deze uitkomst blijft de lezer toch met een paar knagende vragen achter. Allereerst: werd er destijds nu wel of niet gevochten in het gebied waarvandaan de Buk-raket werd afgeschoten? Oekraïne betoogt van wel: er was 'intense

fighting' vanaf begin mei 2014 (r.o. 187, 201); de vijandelikheden werden alleen nog maar intenser in juni (r.o. 203, 207) en juli 2014 (r.o. 212, 216). Ook Nederland stelt dat 'heavy fighting continued to take place' in het betreffende gebied, in de dagen voorafgaand aan de crash van MH17 (r.o. 307). Tegelijk nuanceert Nederland het belang daarvan: niet alle gevechten leiden per definitie tot een 'context of chaos' (r.o. 536) en het kan toch ook niet zo zijn dat het EVRM al dan niet van toepassing is, afhankelijk van het luwen of weer oplaaien van gevechten (r.o. 537). Het Hof neemt dat allemaal, zonder nadere toelichting, niet over (r.o. 704).

Wie heeft de raket afgeschoten? Oekraïne houdt het op 'DPR forces' die MH17 neerhaalden (r.o. 218); ze maakten daarbij gebruik van een door de Russen geleverde installatie, de zgn. Buk-TELAR. Nederland meldt echter dat het Russische militairen waren die bij de Buk-TELAR stonden (r.o. 315). Dat spoor ook met het gegeven dat het een langdurige opleiding vergt om de complexe Buk-installatie te kunnen bedienen (r.o. 331, 533). Het Hof prijst het Nederlandse onderzoek, maar laat dit aspect eerst in het midden (r.o. 705), om vervolgens alleen te verwijzen naar de aanwezigheid van 'armed guards of the DPR' op de plaats delict (r.o. 904).

Wat is nu precies de basis om aan te nemen dat de slachtoffers binnen de Russische rechtsmacht vielen? Nederland was veiligheidshalve voor twee ankers gaan liggen. Aan de ene kant stelde ons land dat Rusland – ondanks die hevige gevechten – het betreffende gebied beheerste: *spatial* rechtsmacht dus (r.o. 532). Aan de ander kant wees Nederland op de betrokkenheid van Russische *State agents* bij het leveren en afvuren van de raket: *personal* rechtsmacht (r.o. 533). Met dat laatste argument begaf onze regering zich op glad ijs. Nederland haalde weliswaar de nodige jurisprudentie aan die dit standpunt kon ondersteunen (de in r.o. 534 genoemde zaken *Pad*, *Androu* en *Solomou t. Turkije*). Maar er is ook een ongemakkelijke erfenis die nu wat minder goed uitkwam. In de al genoemde zaak *Banković* had Nederland, samen met de andere aangeklaagde staten, betoogd dat het enkele feit dat een Verdragspartij een doelwit buiten de eigen grenzen bombardeert, met de dood van burgers als direct en voorzienbaar gevolg, onvoldoende is om de slachtoffers binnen de rechtsmacht van de betreffende Verdragspartij te brengen. Het Hof nam dat toen over. Uiteraard werd dat in de onderhavige zaak met instemming aangehaald door Rusland (r.o. 510). Nederland nam daar, voor zover valt na te gaan, geen uitdrukkelijke afstand van. Hoe verhoudt die positie zich met het standpunt dat het neerhalen van MH17 de inzittenden binnen de Russische rechtsmacht bracht?

Men kan dezelfde, ongemakkelijke, vraag stellen naar aanleiding van de inzet van de Nederlandse regering in de zaak *Jaloud t. Nederland* (nr. 47708/08, arrest van 20 november 2014, NJ 2015/142, m.nt. N. Keijzer). Deze zaak draaide rond een incident bij een *checkpoint* in Irak dat onder Nederlands commando stond, waarbij een man overleed aan verwondingen

nadat een Nederlandse militair het vuur had geopend. Nederland betoogde dat het slachtoffer nooit binnen de Nederlands rechtsmacht was geweest. Hij was immers nooit gearresteerd geweest en dus ook niet onderworpen aan de 'authority and control' van Nederlandse militairen: "The fact of a serviceman firing at a person, even assuming it could be established that the shot was fatal, was not in itself sufficient for jurisdiction in this sense to arise" (*Jaloud*, r.o. 119). Nederland doet geen poging dat standpunt te rijmen met de inzet in de *MH17*-zaak, en ook het Hof doet er op dit punt het zwijgen toe. Rusland oefende *spatial* rechtsmacht uit over de inzittenden van MH17, en daarbij blijft het.

Uitputting van nationale rechtsmiddelen

18. We komen aan de laatste verdedigingslinie die Rusland had opgeworpen: Oekraïne en Nederland zouden hebben verzuimd de nationale rechtsmiddelen uit te putten (r.o. 730-742). Terwijl statenklachten niet behoeven te voldoen aan een aantal ontvankelijkheidseisen die wél voor individuele klachten gelden (zie art. 35 leden 2 en 3 EVRM), geldt toch ook voor statenklachten de regel van art. 35 lid 1 dat het Hof alleen kennis kan nemen van het geschil als alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput – met dien verstande dat, net als in het geval van diplomatieke bescherming, daadwerkelijke uitputting dient te zijn geschied door de rechtstreeks benadeelde personen (de slachtoffers dan wel hun nabestaanden; r.o. 386 en 790). Daarnaast geldt de eis dat klachten tijdig (binnen een periode van vier maanden na de definitieve beslissing) bij het Hof moeten worden ingediend.

Aan Oekraïne kan die eis niet worden tegengeworpen, daar is het Hof snel over uit (r.o. 775 en 784). Als een staat klaagt over een *administrative practice* van een andere staat – dat wil zeggen een patroon van schendingen met medeweten van de hoogste autoriteiten van de staat – dan zou de eis van uitputting van nationale rechtsmiddelen futiel zijn. Die benadering is inmiddels stevig verankerd in de jurisprudentie: zie ook de ontvankelijkheidsbeslissing in *Georgia t. Rusland IV* (nr. 39611/18, 28 maart 2023, r.o. 49).

19. Voor de *MH17*-zaak ligt dit anders. Het Hof gaat niet mee in het Nederlandse betoog (r.o. 751) dat de eis van uitputting van de nationale rechtsmiddelen evenmin voor Nederland gold. In de door Nederland aanhangig gemaakte zaak ging het immers om een incident, niet om een systematische schending (r.o. 789).

Niettemin oordeelt het Hof dat ook aan Nederland die eis niet kan worden tegengeworpen. Daarbij spelen verschillende factoren een rol: de stelselmatige ontkenning van de Russische autoriteiten dat ze ook maar iets met de crash te maken hadden gehad; het feit dat de ramp zich buiten Russisch grondgebied had afgespeeld waarbij destijds onduidelijk was wie de daders waren; en de politieke dimensie van de zaak waarbij *state agents* betrokken waren bij het plegen van een misdrijf dat door de VN-Veilighedsraad is veroordeeld (r.o. 802-805).

Tegen deze achtergrond oordeelt het Hof dat Rusland niet aannemelijk heeft kunnen maken dat het land een effectieve rechtsgang te bieden had waarvan men had mogen verwachten dat Nederland die zou benutten.

20. Maar daarmee is het pleit nog niet beslecht. Ook als er geen effectieve rechtsmiddelen openstaan, kan een partij het indienen van een klacht niet eindeloos uitstellen. De bekende termijn van destijds zes maanden (tegenwoordig vier maanden, sinds de inwerkingtreding op 1 augustus 2021 van Protocol 15 bij het EVRM) zou normaal gesproken zijn gaan lopen op het moment dat de aanleiding van de klacht zich voordeed – in dit geval op 19 juli 2014. Zo bekeken was Nederland veel te laat met het indienen van een klacht.

Maar het Hof toont begrip voor het argument dat Nederland na de crash toch eerst moest zien uit te vinden wat er nu precies was gebeurd: wie had het vliegtuig neergehaald, wat was de toedracht, welke staten waren er eventueel bij betrokken? Het was niet onredelijk, aldus het Hof, dat Nederland eerst de uitkomsten van het JIT-onderzoek afwachtte alvorens een klacht in Straatsburg in te dienen (r.o. 810-811). Daarnaast is het begrijpelijk dat Nederland ook andere internationale wegen bewandelde om Rusland internationaal aansprakelijk te stellen, gezien de claim dat Rusland zelf, tot op het allerhoogste niveau, betrokken is geweest bij het neerhalen van de MH17 (r.o. 812, 814). Voorts is het onderzoek voortvarend aangepakt en op een open en transparante wijze uitgevoerd. Rusland is met regelmaat gevraagd medewerking te verlenen aan het onderzoek. De strafzaak voor de Rechtbank Den Haag is steeds met veel publiciteit omgeven geweest. Met de klacht in Straatsburg werden dus geen oude koeien uit de sloot gehaald: de ramp met MH17 is ook 6 jaar na dato nog altijd 'fresh' (r.o. 815). Dat zullen de nabestaanden van de slachtoffers beamen. Al met al oordeelt het Hof dat Nederland, in de uitzonderlijke omstandigheden van het geval, zijn klacht niet te laat heeft ingediend.

21. Terugblikkend was ook dit wel een spannend onderdeel voor de Nederlandse regering. De opstelling van het Hof is, vanuit Nederlands perspectief, bepaald welwillend te noemen, zoals dat ook het geval was bij de vraag naar de rechtsmacht (punt 16-17 hierboven). De buitenstaander kan slechts gissen in hoeverre de breed gevoelde afschuif over de huidige Russische agressie-oorlog in Oekraïne nu van invloed is geweest op de standpuntbepaling van het Hof. Zeker is wél dat het Hof ook op dit punt slechts bij meerderheid van stemmen tot een voor Nederland gunstige conclusie komt. De precieze stemverhoudingen worden in een ontvankelijkheidsbeslissing als deze niet bekend gemaakt.

Slotsom en vooruitblik

22. Al met al verklaart het Hof vrijwel alle klachten ontvankelijk. Naar het oordeel van het Hof is het boven redelijke twijfel verheven dat het door

separatisten beheerste gebied in het oosten van Oekraïne vanaf 1 mei 2014 binnen de Russische rechtsmacht viel (r.o. 695), en heeft Oekraïne voldoende aannemelijk gemaakt dat zich in dat gebied systematische schendingen van het Verdrag hebben voorgedaan die officieel werden gedoogd door de Russische autoriteiten. Het Hof verklaart dan ook de klacht ontvankelijk voor zover deze betrekking heeft op schending van de art. 2 (recht op leven), 3 (folterverbod), 4 lid 2 (dwangarbeid), 5 (vrijheidsberoving), 9 (vrijheid van godsdienst) en 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting), alsmede van de art. 1 en 2 van het Eerste Protocol (eigendom resp. onderwijs), én van art. 14 EVRM (discriminatie) in samenhang met de genoemde bepalingen.

Wat betreft het neerhalen van MH17 heeft Nederland naar het oordeel van het Hof voldoende *prima facie* bewijs aangedragen om aannemelijk te maken dat zich een schending van de art. 2, 3 en 13 EVRM heeft voorgedaan. Het Hof verklaart dan ook deze klacht ontvankelijk.

23. De Grote Kamer van het Hof zal zich nu in een apart arrest over de merites uitspreken. Natuurlijk moet het toch wel gek lopen wil het Hof, op basis van deze beoordeling van de feiten en met deze ontvankelijkheidsbeslissing, en bij het uitblijven van een verdere Russische inbreng in deze procedure, geen schendingen van het EVRM constateren. Toch zit het werk er nog niet op voor Nederland en – vooral – Oekraïne: de landen zullen moeten aantonen dat Rusland de ingeroepen bepalingen van het EVRM daadwerkelijk heeft geschonden. Zoals in punt 5 is opgemerkt, is in deze procedure nog niet over de merites gesproken.

Mocht het Hof inderdaad een of meer schendingen van het Verdrag constateren, dan kan het op grond van art. 41 EVRM een billijke genoegdoening toekennen. Wat dit laatste betreft stelt Taru Spronken in *NJB* van 23 februari 2024 dat het 'een principiële beslissing zal vergen of schadevergoeding kan worden opgelegd, nadat Rusland uit de Conventie is gestapt'. Ik begrijp niet goed waarom er in dit opzicht enige twijfel zou bestaan. Zoals hierboven aangegeven (punt 6), is Rusland onverminderd aansprakelijk voor schendingen van het Verdrag die het heeft begaan in de tijd dat het nog partij was bij het EVRM. Het Hof heeft dan ook sinds 16 september 2022 in meer dan 10 Russische zaken billijke genoegdoening toegekend. Dat 'Rusland uit de Conventie is gestapt' (of eigenlijk: uit de Raad van Europa is gezet en daardoor zijn status als partij bij het EVRM heeft verloren) doet daar niets aan af.

Voor zover er op dit punt nog twijfels bestonden, zijn die wel weggenomen door de uitspraak *Georgië t. Rusland (II) (billijke genoegdoening)* (nr. 38263/08, arrest van 28 april 2023). Hier bevestigt de Grote Kamer dat art. 41 (billijke genoegdoening) onverkort van toepassing blijft, ook al is Rusland niet langer een Hoge Verdragsluitende Partij. Rusland blijft evenzeer op grond van art. 38 en 46 lid 1 EVRM verplicht met het Hof samen te werken en de arresten van het Hof uit te voeren.

24. Zover is het in de *MH17*-zaak nog niet. En inmiddels heeft zich nog weer een nieuwe complicatie aangediend. Op 20 februari 2023 liet het Hof onverhoeds weten dat er aan de lopende procedure nóg eens een nieuwe zaak wordt toegevoegd: *Oekraïne t. Rusland (X)* (nr. 11055/22). Deze zaak heeft betrekking op de massale en ernstige schendingen van het EVRM die Rusland heeft gepleegd sinds het op 24 februari 2022 Oekraïne binnenviel en een illegale agressie-oorlog begon. Het Hof is in dit verband overigens alléén in staat om te kijken naar gebeurtenissen tot 16 september 2022, de datum waarop een einde kwam aan de status van Rusland als partij bij het EVRM (zie punt 6 hierboven).

In het persbericht van 20 februari liet het Hof weten dat het zowel de ontvankelijkheid als de merites van déze zaak gaat behandelen, tegelijkertijd met de beoordeling van de merites van de lopende zaak *Oekraïne en Nederland t. Rusland*. Dat is natuurlijk een merkwaardige gang van zaken.

Voor zover men in Moskou nog oog heeft voor het doen en laten van het Straatsburgse Hof, zal het Kremlin allicht wijzen op het evidente contrast met de weigering, in oktober 2021, om de door Rusland ingediende 'tegenklacht' te betrekken bij de behandeling van de door Oekraïne en Nederland ingediende klachten (punt 5 hierboven). Toen was het argument dat voeging niet in het belang van een efficiënte rechtsbedeling zou zijn. Nu gebeurt het tegenovergestelde, met exact diezelfde overweging: het belang van een efficiënte rechtsbedeling. Dat verschil in behandeling laat zich wellicht verklaren door de overweging dat een uitspraak in deze gecombineerde zaak maatgevend zal zijn voor de behandeling van de vele duizenden individuele zaken die betrekking hebben op de oorlog in Oekraïne. Kennelijk wil het Hof zo snel mogelijk helderheid creëren. Daar komt bij dat de gevolgen van deze nieuwe *plot-twist* wellicht minder ingrijpend zullen zijn dan het op het eerste gezicht lijkt. In wezen heeft het Hof namelijk de bal al op de stip gelegd: zie r.o. 393 en 695 van deze ontvankelijkheidsbeslissing en punt 12 hierboven.

25. Niettemin is voor Nederland wel een bijzondere situatie ontstaan: ons land is partij in de zaak, maar tegelijkertijd ook interveniënt. Nederland is immers een van 26 Verdragspartijen die eerder al hadden aangegeven te willen interveniëren in de zaak *Oekraïne t. Rusland (X)*.

In een persbericht van het Hof van 17 maart 2023 valt te lezen dat de interventies zich moeten beperken tot het Russische militaire optreden in Oekraïne sinds de invasie van 24 februari 2022. Aan de 26 staten is gevraagd de inbreng zo mogelijk onderling af te stemmen. En daarmee krijgt de zaak nóg weer een zeer interessante wending. De staten zullen immers kleur moeten bekennen: hoe zien zij de toepasselijkheid van het EVRM op het optreden van het Russische leger? Ongetwijfeld werd het initiatief om te interveniëren destijds ingegeven door de behoefte solidariteit met Oekraïne te tonen. Maar nu zal men dan toch in *gezamenlijkheid* iets moeten

zeggen over die aloude strijdvraag (zie punt 14 hierboven) – in hoeverre gaat het Hof over de militaire operaties die staten uitvoeren in het buitenland?

26. Het voert te ver om hier in het kader van deze noot nader op in te gaan. Maar één aspect mag hier toch wel genoemd worden. Men mag veilig aannemen dat geen van de interveniërende landen de behoefte zal hebben om Rusland te steunen. Maar Rusland verwoordde in de onderhavige procedure wél een opvatting waar sommige lidstaten zich eigenlijk heel goed in kunnen vinden: het EHRM is veel te ver gegaan in zijn jurisprudentie over de extraterritoriale werking van het EVRM (zie r.o. 508-519). Die opvatting werd, althans tot de Russische invasie, breder gedeeld. Hierboven (punt 17) is al verwezen naar het standpunt dat Nederland eerder innam in de zaken *Banković* en *Jaloud*. Maar het is ook nuttig om in gedachten te houden wat zich nog niet zo heel lang geleden, in de periode 2017-2019, afspeelde toen een werkgroep van tegenwoordigers van de lidstaten van de Raad van Europa (DH-SYSC-II in het jargon) zich specifiek met dit onderwerp bezighield. Onder de algemene vlag 'Longer-term future of the ECHR System' keek men naar allerlei thema's die naar het oordeel van de lidstaten van cruciaal belang waren voor de effectiviteit en levensvatbaarheid van het EVRM. Eén deelrapport ging in op de extraterritoriale werking van het EVRM. Voor de Verdragspartijen is de interpretatie van art. 1 EVRM 'a particularly sensitive question', zo werd benadrukt in de conclusie. De jurisprudentie van het Hof was tot op zekere hoogte onvoorspelbaar geworden, nu het EVRM vaker van toepassing werd geacht op optreden buiten het eigen grondgebied. Dat kon er wel eens toe leiden dat lidstaten niet langer bereid zouden zijn troepen ter beschikking van bijvoorbeeld vredesoperaties te stellen. Nadrukkelijk werd gewaarschuwd dat 'an evolutive interpretation in this area' ertoe kon leiden dat de staten hun verplichtingen onder het EVRM niet meer konden nakomen (document DH-SYSC-II(2019)R7 Addendum, p. 41).

Het rapport was voorbereid door twee rapporteurs: Alexei Ispolinov (Rusland) en Chanaka Wickremasinghe (VK). Het kan verkeren.

R.A. Lawson

NJ 2023/176

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE

20 april 2023, nr. C-291/21

(A. Prechal, M.L. Arastey Sahún, F. Biltgen, N. Wahl, J. Passer; A-G M. Szpunar)

met redactionele aantekening

Art. 4, 7 Verordening (EU) nr. 655/2014 (EAPO-Verordening)

ECLI:EU:C:2023:299

ECLI:EU:C:2022:819