



DH-SYSC-II(2018)13

25/06/2018

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

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

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

**Notes of the presentation on Theme 1, sub-theme iv – The interaction between
international humanitarian law and the European Convention on Human Rights /**

**Notes de l'intervention sur le Thème 1, sous-thème iv – L'interaction entre le droit
international humanitaire et la Convention européenne des droits de l'homme**

made by / par Prof. Sébastien Touzé, Paris II Panthéon-Assas University (France) /
Université Paris II Panthéon-Assas (France)

(available in French only / disponible en français uniquement)

Introduction :

Pourquoi évolution et problèmes de coordination ?

1. Evolution de la notion de juridiction
2. Evolution du contentieux
3. Développement d'une approche ouverte de l'interprétation conventionnelle : la Cour appréhende désormais la Convention dans un environnement normatif global qui la conduit à interpréter la Convention en tenant compte des autres règles internationales.

Problèmes soulevés :

1. Problèmes de compétence (relatif)
2. Cohérence de l'interprétation développée :
 - a. Contradictions
 - b. Mélange complexe avec des règles ayant vocation à régir des situations juridiques distinctes.
3. Hiérarchisation des règles imposées par le raisonnement de la Cour
4. Relativisation du niveau de protection offert par la Convention

I. Les moyens de coordination des règles dans le cadre de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

A. Une approche évolutive de la prise en compte du droit international humanitaire

- Des rejets (raisonnement uniquement sous l'angle de la CEDH pour les CANI) :

Aksoy c. Turquie – 1996

Issaïeva c. Russie – 2005

- Des références secondaires (Raisonnement sous l'angle de la CEDH avec références aux Conventions de Genève) :

Loizidou c. Turquie – 1996

Varnava - 2009

« L'article 2 doit être interprété dans la mesure du possible à la lumière des principes du droit international, notamment des règles du droit international humanitaire, qui jouent un rôle indispensable et universellement reconnu dans l'atténuation de la sauvagerie et de l'inhumanité des conflits armés »

« La Grande Chambre souscrit donc au raisonnement de la chambre selon lequel dans une zone de conflit international les Etats contractants doivent protéger la vie de ceux qui ne sont pas ou plus engagés dans les hostilités, ce qui requiert

notamment de fournir une assistance médicale aux blessés. Quant à ceux qui meurent au combat ou succombent à leurs blessures, l'obligation de rendre des comptes implique que leurs corps soient correctement inhumés et que les autorités collectent et communiquent des informations sur l'identité et le sort des intéressés ou autorisent des organes tels que le CICR à le faire. »

- Une prise en compte indirecte (le crime de guerre est-il défini comme un crime contre l'humanité à des fins d'interprétation de l'article 7 CEDH) :

Kononov c. Lettonie – 2010

- Une prise en compte directe (analyse de Droit international humanitaire pour l'exclure):

Sargsyan c. Azerbaïdjan – 2015

« L'élément pertinent en l'espèce est plutôt le droit des personnes déplacées de regagner volontairement et dans la sécurité leur foyer ou leur lieu de résidence habituel dès que les causes de leur déplacement ont cessé d'exister, droit qui est considéré comme une règle de droit international coutumier s'appliquant à tout territoire, occupé ou non (règle 132 de l'Étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier – paragraphe 95 ci-dessus). Cela étant, le point de savoir si les causes du déplacement du requérant ont ou non cessé d'exister peut prêter à controverse. En bref, la Cour observe que le droit international humanitaire ne semble pas apporter de réponse concluante à la question de savoir si le Gouvernement a des raisons valables de refuser au requérant la possibilité d'accéder à Golestan.

- Une application concrète et directe :

Hassan c. Royaume-Uni - 2014

§ 102 :

« Il y a des raisons particulièrement convaincantes d'interpréter la Convention en harmonie avec le droit international humanitaire. Les quatre Conventions de Genève de 1949, créées pour atténuer les horreurs de la guerre, furent rédigées parallèlement à la Convention européenne des droits de l'homme et jouissent d'une ratification universelle. Les dispositions des troisième et quatrième Conventions de Genève en matière d'internement, qui sont ici en cause, ont été conçues pour protéger les combattants capturés et les civils représentant une menace pour la sécurité. La Cour a déjà dit que l'article 2 de la Convention « doit être interprété dans la mesure du possible à la lumière des principes du droit international, notamment des règles du droit international humanitaire, qui jouent un rôle indispensable et universellement reconnu dans l'atténuation de la sauvagerie et de l'inhumanité des conflits armés » et elle estime qu'il en va de même pour l'article 5. De plus, la Cour internationale de justice a jugé que la protection offerte par les conventions de sauvegarde des droits de l'homme et celle offerte par le droit international humanitaire coexistent en situation de conflit armé. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire des Activités armées

sur le territoire du Congo, la haute juridiction, se référant à son avis consultatif sur les Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, a observé que « [d]ans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'homme, trois situations peuvent dès lors se présenter : certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme ; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international ». La Cour doit s'attacher à interpréter et appliquer la Convention d'une manière qui soit compatible avec le cadre du droit international ainsi délimité par la Cour internationale de justice. »¹

Plusieurs questions :

La première est relevée explicitement par la Cour qui souligne que « *même en cas de conflit armé international, les garanties énoncées dans la Convention continuent de s'appliquer, quoiqu'en étant interprétées à l'aune des règles du droit international humanitaire* »².

Cette phrase anodine en apparence l'est beaucoup moins lorsqu'il s'agit de réfléchir à sa portée dans l'appréciation et la définition des obligations conventionnelles imposées aux Etats.

En ce sens, s'il est établi que l'interprétation de la Convention ne peut être envisagée de manière cloisonnée et doit, dans la mesure où cela s'avère conciliable avec la définition des obligations conventionnelles, se faire en prenant en considération l'ensemble des règles du droit international, il est tout aussi important de maintenir une cohérence dans cette conjugaison normative afin de ne pas amoindrir l'interprétation conventionnelle notamment quant à la portée des droits garantis. Or, à travers cette formule, la Cour vient tirer de la Convention européenne une interprétation discutable du régime des obligations conventionnelles des Etats qui ne peut qu'interroger.

Se fondant sur une pratique soi-disant générale des Etats³, la Cour va confirmer tout d'abord que les Etats ne dérogent pas à leurs obligations découlant de l'article 5 lorsqu'ils incarcèrent des personnes sur la base des troisième et quatrième Conventions de Genève en période de conflit armé international⁴.

Par ailleurs, la Cour va reprendre une règle d'interprétation déjà connue selon laquelle la Convention doit être interprétée en harmonie avec les autres règles du droit international dont elle fait partie et, de ce fait, l'absence de dérogation formelle au titre de l'article 15, n'empêche aucunement de tenir compte du contexte et des règles du droit international humanitaire pour interpréter l'article 5 de la Convention⁵.

¹ § 102 de l'arrêt.

² § 104 de l'arrêt.

³ § 101 de l'arrêt. L'absence de notification des Etats impliqués dans des conflits armés internationaux au titre de l'article 15 de la Convention et 4 du Pacte international sur les droits civils et politiques suffit à la Cour pour affirmer qu'il y a une pratique générale en la matière. Il est possible ici de douter de la pertinence de l'argument dans la mesure où, se fondant sur la pratique subséquente des Etats, la Cour offre ici une interprétation très orientée et particulièrement large de celle-ci et ne cherche aucunement à déterminer la volonté des Etats dans ce cadre.

⁴ § 101 de l'arrêt.

⁵ §§ 102 et 103 de l'arrêt.

Ainsi, même en cas de conflit armé international, les garanties conventionnelles continuent à s'appliquer et doivent être interprétées à la lumière du droit international humanitaire. Ce faisant, la Cour élargit de manière évidente les hypothèses de privation de liberté telles que prévues et autorisées sous l'angle de l'article 5 pour y intégrer les cas ouverts par l'application des Conventions de Genève dans le contexte très particulier des conflits armés.

B. Les conséquences négatives quant à la portée des droits garantis

§ 103 :

« À la lumière des considérations qui précèdent, la Cour juge bien fondée la thèse du Gouvernement selon laquelle l'absence de dérogation formelle au titre de l'article 15 ne l'empêche pas de tenir compte du contexte et des règles du droit international humanitaire pour interpréter et appliquer l'article 5 en l'espèce. »

Cette conclusion est discutable dans la mesure où il est manifeste que le raisonnement sur lequel se fonde la majorité de la formation de jugement occulte un certain nombre d'éléments qui auraient dû exclure toute forme d'assimilation entre les deux corps de règles, notamment en matière de sûreté et de libertés individuelles.

En effet, il est tout d'abord manifeste que l'assimilation entre droit de l'homme et droit humanitaire ne peut occulter les différences majeures qui existent dans la réalisation des obligations juridiques dans chaque cas.

Ainsi, et comme le relevait très justement l'Université d'Essex qui était tiers intervenant dans l'affaire :

« au même titre que de nombreuses branches du droit international qui sont devenues des régimes englobant tous les aspects de tel ou tel domaine d'activité, les règles du droit des conflits armés et du droit international humanitaire (« le droit international humanitaire ») ont acquis une cohérence interne et dégagé des interprétations qui leur sont propres.

Le principe essentiel sous-tendant ces règles serait qu'elles ménagent un équilibre entre les impératifs militaires et les considérations d'ordre humanitaire.

Il s'ensuivrait que les nécessités militaires ne peuvent être invoquées hors du cadre du droit conventionnel, qui tiendrait compte lui-même des impératifs militaires.

Il y aurait un deuxième principe sous-jacent : cette branche du droit reposerait non pas sur des droits mais sur les obligations pesant sur les parties à un conflit.

*Troisièmement, les règles applicables aux individus dépendraient de leur appartenance à tel ou tel groupe, par exemple celui des combattants ou celui des civils. Quatrièmement, les « principes » du droit international humanitaire, auxquels il serait souvent fait référence, ne seraient pas à proprement parler des règles de droit ; les règles seraient énoncées dans les traités, qui articuleraient ces principes sous une forme juridiquement contraignante. **Pour le tiers intervenant, il est donc clair que le droit international humanitaire n'a pas du tout la même cohérence interne que les droits de l'homme.** »⁶*

⁶ § 92 de l'arrêt.

Cet argument, repris par le Juge Spano dans son opinion dissidente, est totalement occulté par la Cour qui retient, au contraire, l'unité matérielle entre les deux corps de règles pour développer une interprétation harmonisée.

Si sous l'angle de certaines obligations conventionnelles, cette méthodologie peut, avec plusieurs réserves, être admise (notamment sous l'angle de l'article 2 de la Convention), il n'en demeure pas moins que lorsqu'il s'agit de prendre en considération le droit garanti par l'article 5, elle est plus que discutable.

En effet, les mesures privatives de liberté telles que mentionnées à l'article 5 de la Convention ont toujours été définies comme limitatives et à interpréter strictement.

Or, en opérant ainsi, la Cour relativise entièrement cette donnée fondamentale pour en dégager un élargissement manifeste des compétences étatiques en la matière qui peuvent ainsi être envisagées indépendamment du contexte.

Les pouvoirs d'internement tels que prévus dans le cadre des Conventions de Genève se voient ainsi reconnus sur le terrain de la Convention sans qu'il soit nécessaire de les encadrer strictement.

La reprise des méthodes d'interprétation conventionnelle de la Convention de Vienne sur le droit des traités repose, dans cette affaire *Hassan*, sur une volonté très orientée d'élargir le champ d'application matériel de la Convention tout en offrant aux Etats une marge de manœuvre suffisante pour qu'ils puissent concilier l'ensemble de leurs obligations conventionnelles.

II. Les questions juridiques ouvertes

A. L'invocabilité de l'article 15 dans le cas des conflits armés extérieurs ?

Al-Jedda : les prémisses : Un internement au cours d'un conflit armé international n'est pas en soi voué à violer la Convention, **si toutefois l'Etat défendeur a pris la peine d'exercer son droit à dérogation** selon la procédure fixée à l'article 15 § 3.

Et en l'espèce, faute d'avoir « *cherché à déroger, sur la base de l'article 15, à l'une quelconque de ses obligations découlant de l'article 5* » (§ 98), le Royaume-Uni ne pouvait qu'être condamné du fait de l'arrestation et de la détention d'un homme en qualité de « *prisonnier de guerre ennemi* ».

Hassan : En ce qui concerne l'application extra territoriale de la Convention, la Cour a observé qu'« une série d'Etats contractants avaient participé à un certain nombre de missions militaires hors de leur territoire depuis qu'ils [avaient] ratifié la Convention, mais [qu']aucun d'eux [n'avait] jamais émis de dérogation au titre de l'article 15 de la Convention concernant ces activités », et que « les dérogations formulées (...) concernaient [des mesures] que (...) des conflits internes ou des menaces terroristes sur leur territoire avaient [rendues] nécessaires (...) » (*Hassan c. Royaume-Uni* [GC], § 101).

- La pratique, jusqu'à présent n'a jamais mis en lumière l'utilisation de l'article 15 pour des conflits extérieurs.
- Les mesures de dérogations ont été adoptées uniquement en cas de conflits internes ou de menaces terroristes sur le territoire des Etats parties.

Est-ce inenvisageable ?

Un élément contre : l'approche originelle de l'article 15 qui vise le seul territoire de l'Etat partie : « une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'Etat » (Lawless, 1968)

Un élément favorable : l'extension de la notion de juridiction qui pose le principe selon lequel les dispositions de la Convention trouvent à s'appliquer lorsque les autorités de l'Etat exercent un contrôle sur un territoire étranger ou sur des personnes en dehors de leur territoire.

En outre, l'argumentaire développé par la Cour dans Hassan soulève des interrogations et met en avant des questions de cohérence.

Tout d'abord, l'article 31, §3, c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités ne fait pas seulement référence à la « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité », mais énonce que cette pratique a une finalité particulière : établir « l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ».

Or, il n'y a pas une once d'accord entre les parties à la Conv. EDH sur l'interprétation à donner à la clause de dérogation, de la même façon qu'il n'y a pas d'accord sur l'applicabilité extraterritoriale de ce traité.

Le raisonnement de juges européens dans Hassan repose sur une prémisse fautive.

La pratique dont il est question ici ne repose pas sur une action mais sur une omission.

Or, pour qu'un silence soit constitutif d'une pratique, il faut qu'il soit « éloquent ». Et force est de constater que les Etats peuvent ne pas avoir invoqué l'article 15 lors d'opération extraterritoriale par le passé pour une multitude de raisons, juridiques ou autres.

Par exemple, les Etats pouvaient penser – de bonne foi ou non – que le traité n'était pas applicable dans une situation de conflit armé, de sorte qu'ils n'aient même pas envisagé de recourir à l'article 15.

Une autre explication pourrait être que, dans l'incertitude quant à l'applicabilité extraterritoriale de la Conv. EDH, « les Etats ont préféré jouer la carte de la prudence ».

Les Etats auraient aussi pu penser que déroger au traité était tout simplement inutile, « as they could obtain the same result through other means, or that doing so would cost them politically ». En ce sens, la référence à Bankovic dans l'affaire Hassan est totalement erronée : dans cette affaire, les Etats utilisaient l'absence de dérogations à l'article 15 dans les opérations militaires extérieures « as evidence of their own restrictive understanding of article 1 ».

Par conséquent, il s'agit d'une pratique ultérieure au regard de l'article 1 et non au regard de l'article 15.

S'il faut que la pratique ultérieure des Etats soit « cohérente, commune et concordante », force est de constater que cette preuve n'est absolument pas rapportée en l'espèce.

De plus, que penser du renvoi à la pratique des Etats parties au PIDCP de ne pas utiliser la clause de dérogation pour les mesures de détention dans des CAI ?

Il semble clair que tirer des conclusions d'une telle analogie est « clairement déplacé », dans la mesure où le libellé des articles est fondamentalement différent : alors que le PIDCP interdit les détentions « arbitraire », la Conv. EDH dresse une liste limitative de cas dans lesquels les détentions sont autorisées.

Le renvoi au caractère « arbitraire » de la détention rend cet article beaucoup plus permisible soit à l'application du principe *lex specialis*, soit à une interprétation harmonieuse de celui-ci avec le DIH (i.e. une interprétation du DIDH « à la lumière » du DIH).

Comme l'a énoncé la CIJ, « [c]'est (...) à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés (...) qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie ».

Les articles 6 et 9 étant libellés de la même façon – ils interdisent les privations « arbitraires » du droit à la vie et du droit à la sûreté et à la liberté –, l'on peut parfaitement raisonner par analogie. La conséquence de cela est que les Etats parties au PIDCP ont une raison de ne pas déroger à ce droit que n'ont pas les Etats parties à la Conv. EDH : ils savent qu'en cas de CAI, le DIH prendra le pas en tant que *lex specialis*.

Enfin, l'affaire Hassan contredit au moins quatre jurisprudences antérieures.

Tout d'abord, dans l'affaire Issaïeva, la Cour EDH avait refusé d'étudier les normes de DIH – notamment le principe de précaution dans l'attaque – en lien avec des attaques menées par les forces armées russes contre des rebelles tchéchène, dans la mesure où la Russie n'avait pas dérogé à ses obligations en vertu de l'article 15. Dès lors, « l'opération litigieuse doit être

appréciée à l'aune d'un contexte juridique normal ».

De plus, les avis de la CIJ sur le Mur et sur la Licéité énoncent que « la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé, si ce n'est par l'effet de clauses dérogatoires du type de celle figurant à l'article 4 du pacte international relatif aux droits civils et politiques ».

Notons que l'avis relatif au Mur concernait précisément l'application du PIDCP dans les territoires palestiniens occupés, donc de façon extraterritoriale.

L'affaire Hassan contredit également la jurisprudence de la Cour EDH sur laquelle les juges se fondent, à savoir l'affaire Bankovic qui dispose que « l'article 15 lui-même doit se lire à la lumière de la limitation de "jurisdiction" énoncée à l'article 1 de la Convention ».

En effet, si l'on admet l'application extraterritoriale de la CEDH, ce qui est le cas, l'on se doit, selon la jurisprudence Bankovic, d'admettre l'applicabilité extraterritoriale des clauses de dérogation.

Si l'on prend en considération que la tendance jurisprudentielle est à l'application de plus en plus fréquente des traités hors des frontières de l'Etat contractant, ce besoin devient de plus en plus pressant.

Sassoli : « one cannot simultaneously hold a state accountable because it has a certain level of control abroad and deny it the possibility to derogate ».

Cet avis a été entendu par la High Court of Justice britannique dans l'affaire Serdar Mohammed. LJ Legatt :

« It cannot be right to interpret jurisdiction under Article 1 as encompassing the exercise of power and control by a state on the territory of another, as the European Court did in the Al-Skeini case, unless at the same time Article 15 is interpreted in a way which is consonant with that position and permits derogation to the extent that it is strictly required by the exigencies of the situation ».

B. Les limites de l'interprétation en fonction de la nature des droits et de leur portée

Si l'article 15 peut être invoqué, il ne peut remettre en cause certains principes et doit se conformer aux exigences conventionnelles.

1. Indérogeabilité
2. Droits absolus
3. Le principe du niveau de protection le plus élevé
4. Réalisme conventionnel