



DH-SYSC-II(2018)10

01/06/2018

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)**

**Contribution for the preparation of the draft chapter of Theme 1, subtheme iv):
Interaction between international humanitarian law and the European Convention on
Human Rights /**

**Contribution à la préparation du projet de chapitre du Thème 1, sous-thème iv):
Interaction entre le droit international humanitaire et la Convention européenne des
droits de l'homme**

*(as prepared by the Contributor Mr Anatoly KOVLER in view of the preparation of the draft
chapter of Theme 1, subtheme iv) by the co-Rapporteurs) /*

*(tel que préparée par le Contributeur M. Anatoly KOVLER en vue de la préparation du projet
de chapitre du Thème 1, sous-thème iv) par les co-Rapporteurs)*

Interaction entre le droit international humanitaire et la Convention européenne des droits de l'homme

Il est évident qu'il existe un lien entre le droit international humanitaire (DIH) et le droit international des droits de l'homme dont la Convention européenne des droits de l'homme est une partie intégrante. Plusieurs auteurs, dont l'auteur de ce Rapport, soutiennent même l'idée que le droit des droits de l'homme trouve ses sources dans le droit international humanitaire : il suffit de se souvenir du fameux traité de H.Grotius *„De jure belli ac pacis“* (1625), de la *„clause de Martens“*, du *„droit de La Haye“* ou du *„droit de Genève“*. D'où l'idée de leur rapprochement objectif. D'autres, au contraire, mettent en garde contre le fait que le droit international des droits de l'homme est fondé sur le principe humaniste, tandis que le droit international humanitaire est un compromis entre les exigences d'humanité et la nécessité militaire¹.

Il paraît que ce dilemme est un peu artificiel si l'on analyse de près l'interaction du droit international général (et le DIH en est une branche) et le droit international des droits de l'homme.

I. Droit international général et droit international des droits de l'homme, y a-t-il une ligne de démarcation ?

A première vue la question posée semble être artificielle car la notion du *„droit international“* englobe tout et donc le droit international des droits de l'homme est une forme de droit international, même étant une forme spéciale. Mais c'est exactement cette spécificité – très poussée, d'ailleurs – qui selon plusieurs experts pose un problème de la fragmentation du droit international général². F.Vanneste explique le bien-fondé de ce problème : « La règle selon laquelle une règle spécifique déroge à une règle générale (*lex specialis derogat generali*) serait trop souvent utilisée pour ne pas devoir appliquer le droit international

¹ Voir: Gasser H.-P. International Humanitarian Law and Human Rights Law in Non-international Armed Conflict. Joint Venture or Mutual Exclusion? // German Yearbook of International Law, 2002. P. 161 - 162

² Voir le Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international (Koskenniemi Report) : Fragmentation du droit international : difficulté découlant de la diversification et de l'expansion du droit international. 2006.//UN.doc.A/CN.4/L.682. 256 p.

général »³. Et il se pose d'une question : dans quelle mesure les conclusions de la Cour Européenne risquent de contribuer à la fragmentation du droit international ? A son avis dès le début il est apparu que la Cour de Strasbourg considère la Convention européenne comme un traité «spécial», ne répondant pas à toutes les exigences et règles classiques du droit des traités. En guise d'exemple on peut noter que la Cour dans son arrêt « *Wemhoff c. RFA* » (27 juin 1968) qualifiait la Convention européenne de «traité normatif» («law-making treaty»)⁴, n'ignorant pas pourtant que cette formulation était déjà délibérément abandonnée par la Convention de Vienne sur le droit des traités. Ensuite la Cour stipulait que certains articles de la Convention reflètent des principes généraux de droit⁵ ou peuvent être considérés comme ayant atteint le statut de *jus cogens*⁶. L'attitude de la Cour vis-à-vis du concept *jus cogens* soulève l'interrogation : « Cette attitude peut se comprendre : même si le concept existe et qu'il est utilisé dans plusieurs traités, il peut être soutenu qu'il n'est pas opérationnel pour un traité régional et il est délicat pour une cour régionale d'annoncer qu'une règle régionale a atteint le statut universel de *jus cogens*. Plus encore, la conclusion selon laquelle la Convention Européenne aurait atteint le statut de *jus cogens* devrait entraîner la nullité de toutes les règles (internationales et régionales) contraires. La question se pose de savoir si une telle approche est opportune et nécessaire⁷. Mais il existe aussi une autre opinion, telle que : "The ECHR encompasses an extensive array of human rights. Its provisions are often vague and general, which naturally prompts the need on the part of the Court and the Commission to develop them. In this context, it was often necessary for the Strasbourg bodies to use international instruments, as they were more specific and provided more guidance than the ECHR"⁸.

Enfin, ces dernières années la Cour a fait preuve d'une tendance de décrire la Convention Européenne comme un « instrument constitutionnel de l'ordre public européen »⁹. A cette occasion F.Vanneste s'inquiète de nouveau : « La question se pose de savoir quel concept définit le mieux le statut spécial de la Convention Européenne »¹⁰. Les conclusions de l'éminent spécialiste du droit des droits de l'homme F.Sudre sont plus

³ Vanneste F. Droit international général et droit international des droits de l'homme : l'apport de la Cour européenne des droits de l'homme // Revue trimestrielle des droits de l'homme, N° 88, Octobre 2011, p.808

⁴ Voir aussi: *Irlande c. Royaume Uni*, 18 janvier 1978, § 239 ; *Soering c. Royaume Uni*, 7 juillet 1989, § 86

⁵ KHW c. Allemagne, 21 mars 2001, § 106

⁶ *Al-Adsani c. Royaume Uni*, 21 novembre 2001. *Jorgic c. Allemagne*, 12 juillet 2007, § 66 - 72

⁷ Vanneste A. op.cit, p.812

⁸ Forowicz, M. European Court of Human Rights. Oxford. 2010, p. 361 – 362

⁹ Voir les arrêts de la Grande Chambre : *Loizidou c. Turquie*, 23 mars 1995, § 75 ; *Chypre c. Turquie*, 10 mai 2001, § 78 ; *Bosphorus c. Irlande*, 30 juin 2005, § 156

¹⁰ Vanneste A. op.cit, p.811

rassurantes : « ... on ne saurait non plus nier que le droit international des droits de l'homme est, à tout le moins, une branche spécifique au sein de l'ordre juridique international, qu'il a une "autonomie" au sein de cet ordre juridique international »¹¹. Ses conclusions trouvent écho chez S.Touzé, un autre éminent spécialiste en la matière : « La nature conventionnelle de la source comme l'origine internationale du contrôle inscrivent les règles de la Convention dans l'ordre juridique international et font reposer les principes gouvernant sa mise en œuvre et le fonctionnement du mécanisme institué sur les règles du droit international des traités et de la responsabilité internationale de l'Etat. Les liens ne sont pas instaurés artificiellement, ils sont naturels et doivent aussi être acceptés comme inscrits dans un génome conventionnel européen dont la nature internationale ne peut être niée »¹². Son idée du "drainage" réciproque du droit international général et du droit international européen des droits de l'homme paraît être productive. Comme preuve des bienfaits de ce "drainage" on pourrait analyser le rôle du droit international général dans la définition de la compétence (*jurisdiction* en anglais) de la Cour, mais cela dépasse les limites de l'objet de notre étude¹³.

C'est l'application des principes et des normes du droit international humanitaire dans les cas précis qui paraît poser davantage de problèmes pour la jurisprudence de la Cour Européenne.

II. Les normes du droit international humanitaire (DIH) et du droit international et européen des droits de l'homme : approche générale

Avant d'aborder le reflet du DIH dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme il est nécessaire de clarifier l'aspect général de l'interaction de ces deux branches du droit international.

Tout d'abord il faut noter que la protection de la personne humaine dans les situations des conflits armés a cessé d'être le domaine exclusif du DIH, comme c'était le cas depuis les conventions de La Haye de 1899 et 1907 : il suffit de s'adresser au site de la Cour pour y

¹¹ *Sudre F.* Conclusions, in : Andriantsimbazovina J., *Burgorgue-Larsen L., Touzé S.* La protection des droits de l'homme par des cours supranationales. Paris, 2016, p.248

¹² *Touzé S.* « Le droit européen des droits de l'homme sera international ou ne sera pas ... » Pour une approche autopoïétique du droit international. //Mélanges F.Sudre, Paris 2018, p.7 – 8

¹³ Limitons-nous de quelques références bibliographiques : *Amerasinghe F.Ch.* Jurisdiction of International Tribunals. The Hague, 2003 ; *Cohen-Jonathan G., Flauss J.-F.* (dir) Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales. Bruxelles, 2004 ; *Forowicz M.*, op.cit, *Kрасиков Д.В.* «Скрытая роль» норм общего международного права в регулировании компетенции Европейского Суда по правам человека // Российский юридический журнал, 2013 № 3, с.38 – 45, (*Kрасиков D.*, Le "rôle caché" des normes du droit international général dans la réglementation de la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme // Revue juridique russe, 2013 № 3, p. 38 – 45)

trouver une fiche thématique (*factsheet* en anglais) “Conflits armés” citant une assez riche jurisprudence en la matière. Assez longtemps les normes du DIH étaient perçues comme celles du *lex specialis*, de même que l’application de ces normes était restreinte *ratione loci* en ce qui concerne la responsabilité internationale des Etats¹⁴. Mais après l’adoption des Conventions de Genève de 1949 et de deux Protocoles de 1977 le droit international humanitaire avait obtenu “le droit de la cité” dans le système du droit international¹⁵. Sa définition comme “droit appliqué lors des conflits armés”¹⁶ a mis fin aux spéculations de toutes sortes sur l’objet de ce droit, car les instances des Nations Unies, la Croix Rouge Internationale et les ONG ont adopté cette notion.

Mais à partir de ce moment les vues des commentateurs divergent : certains (comme J.Pictet) affirment que les deux droits se complètent, d’autres insistent sur la spécificité distincte du DIH¹⁷.

La Cour Internationale de Justice dans ses deux Avis consultatifs et un jugement a tranché net : il s’agit de deux branches distinctes : droit international humanitaire et droit international des droits de l’homme¹⁸. Mais tout en reconnaissant la spécificité des deux droits, la Commission du droit international a souligné que ni le droit international humanitaire, ni le droit international des droits de l’homme ne peuvent prétendre à un régime autonome *stricto sensu*¹⁹. Donc, on ne peut conclure qu’aucun de ces droits ne peut prétendre avoir “un régime spécial” au sein du droit international.

Effectivement, le droit international des droits de l’homme, y compris le droit de la Convention européenne, ne peut se réserver un régime spécial pour la simple raison qu’il est obligé de s’adresser aux normes du droit des traités, aux normes concernant la responsabilité des Etats dans la protection des droits de l’homme, aux normes concernant les statuts

¹⁴ Voir : *Kolb R. The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law: A Brief History of the 1948 Universal Declaration of Human Rights and the 1949 Geneva Convention // International Review of Red Cross, 1998, N° 324, p. 409 - 420*

¹⁵ Voir les œuvres de J.Pictet qui a introduit et justifié ce terme du droit international humanitaire : *Pictet J. Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre. Leiden 1973 ; idem International Humanitarian Law : Definition // International Dimensions of Humanitarian Law. Paris 1988*

¹⁶ *Gasser H.-P. Einführung in das humanitäre Völkerrecht. Bern, Stuttgart, Wien, 1991, S.7*

¹⁷ *Meron T. International Criminalisation of Internal Atrocities // American Journal of International Law. 1995, vol.89, p.100*

¹⁸ ICJ : Advisory Opinion on Legality of the Treat or Use of Nuclear Weapons, 8 July 1996, § 25; Advisory Opinion on Legal Consequence of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. 9 July 2004, § 102, § 106; Case Concerning Armed Activities on the Territory of Congo. Democratic Republic of Congo v.Uganda. Judgment 19 December 2005, § 217 – 219. Voir aussi: *Zyberi G. The Humanitarian Face of the International Court of Justice. Its Contribution to Interpreting and Developing International Human Rights and Humanitarian Law Rules and Principles. Antwerpen. London.2008*

¹⁹ *Koskenniemi i Report, 13 Avril 2006, A/CN. 4/L. 682 § 123 - 159*

juridiques des personnes morales et physiques, et – *last but not least* – aux normes du droit international humanitaire²⁰.

Les efforts impressionnants pour la codification du DIH ont été entrepris par les tribunaux internationaux²¹ et par des chercheurs²², il existe aussi une jurisprudence des tribunaux nationaux²³. La cour de Strasbourg n'y est pas étrangère.

III. Le droit international humanitaire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

L'arrêt de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'affaire « *Kononov c. Lettonie* » (17 mai 2010) où l'on peut lire un véritable manuel du DIH d'une centaine de paragraphes laisse à penser que la CEDH est très familiarisée avec ce droit. Or, le regard plus attentif promet de voir que tel n'était pas le cas dans le passé.

Les débuts assez réticents

Il faut noter que jusqu'au début des années 2000 la Cour essayait de ne pas appliquer directement le DIH dans ses arrêts et décisions concernant les conflits armés. Magdalena Forowicz en donne une explication assez originale : « The Court's approach with regard to IHL may have been influenced by the circumstances surrounding the cases and the states' reluctance to have IHL applied to them (...) Despite the legal advantages of using IHL, certain states refuse to comply with its requirements due to the political cost and stigmatization that it could entail. Being aware of these considerations, the Court may have

²⁰ Voir : *Cancado Trindade A.A.* International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium. Leiden; Boston, 2010. Voir aussi les publications en russe : *Русинова В.Н.* Права человека в вооруженных конфликтах: проблемы соотношения норм международного гуманитарного права и международного права прав человека. М. 2015. 384 с. (*Rusinova V.* Les droits de l'homme dans les conflits armés : les problèmes d'interaction des normes du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme. Moscou, 2015, 384 p.) ; *Гнатовский Н.Н.* Гуманитарное право в международных судебных учреждениях: опасна ли институциональная фрагментация? // Международное правосудие, 2012, № 1 (*Gnatovsky T.* Le droit humanitaire dans les tribunaux internationaux : y a-t-il un danger d'une fragmentation institutionnelle ? // Justice Internationale, 2012, № 1)

²¹ Voir notamment : *Arsar Y.* Implementing International Humanitarian Law. From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court. London – New York, 2004; *Gutierrez Posse H.D.T.* The Relationship between International Humanitarian Law and International Criminal Tribunals // International Review of the Red Cross. Vol. 88, № 861, 2006

²² *David E., Tulkens F., Vandenmeersch D., Ruffenach S.* Code de droit international humanitaire. Textes réunis au 1-er janvier 2012. Bruxelles, 2012 ; *Tavernier P., Henckaerts J.M.* (dir). Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains. Bruxelles, 2008 ; *Emanuelli C.* International Humanitarian Law. Bruxelles – Quebec, 2009

²³ *Marochkin S., Popov V.* International Humanitarian Law and Human Rights Law in Russian Courts // International Humanitarian Legal Studies (Leiden) 2011, № 2, p. 216 - 249

chosen an approach which accommodates the political climate and the Contracting States' articulated interests.²⁴ » Certes, il y a une part de vérité dans cette explication, mais le même auteur indique que la Cour n'a pas toujours eu du succès en interprétant à sa manière des normes du droit international et ayant attiré des critiques, et puis en fin de compte la Convention grâce à son interprétation évolutive peut donner des réponses plus adéquates aux situations bien précises²⁵.

A notre avis subjectif les normes de la Convention concernant le droit à la vie et l'interdiction de la torture et du travail forcé fournissent la protection plus élevée que celle prévue par le DIH. Ajoutons à cela le fait que la Cour est plus liée avec sa jurisprudence que ne l'était la Commission, donc elle doit être plus sélective.

Cette réticence de la Cour envers le DIH est mise en exergue par les observateurs avertis tels que l'ancien président de la Cour J.-P.Costa et ex-greffier adjoint M.O'Boyle²⁶ et le juge de la Cour et son vice-président actuel L.-A.Sicilianos²⁷, d'autres juges se sont exprimés soit dans leurs opinions séparées (on y reviendra lors de l'examen de l'arrêt *Hassan*), soit dans les articles dans les revues²⁸.

D'après J.-P.Costa et M.O'Boyle même si la Commission européenne des droits de l'homme ne fait aucune référence au droit international humanitaire à part une vague formulation sur le « profond attachement à ses libertés fondamentales qui constituent les assises même de la justice et de la paix dans le monde ... » dans la Préambule, la jurisprudence de la Cour voit l'apparition du DIH dans les cas de la détention lors des conflits armés, droit à la vie, application rétroactive de la loi pénale, bref, « la Cour ne cache pas sa tête dans le sable ». Ils supposent même que les principes du DIH vont être appliqués à l'échelle plus élevée, vu le nombre croissant des requêtes invoquant ces principes²⁹.

Pour L.-A.Sicilianos la réticence de la Cour face au DIH s'explique par le fait que des violations potentiellement susceptibles de tomber sous l'effet du DIH (droit à la vie avant tout) échappent à son application si un Etat en question a fait une dérogation prévue dans

²⁴ Forowicz M. op.cit. p. 363

²⁵ Ibid., p.363 – 364. L'auteur cité parle aussi de « *insufficient integration into the international legal order* » car la Cour méconnaît la hiérarchie des normes au sein du droit international. (p.387 – 394)

²⁶ Voir: Costa J.-P., O'Boyle M. The European Court of Human Rights and Humanitarian Law // La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant. Mélanges en l'honneur de Christos Rozakis. Bruxelles, 2011, p. 107 - 129

²⁷ Sicilianos L.-A. L'articulation entre droit international humanitaire et droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme // Swiss Review of International and European Law. Vol. 27 (2017) №1, p. 3 - 18

²⁸ Voir par ex. : Kovler A. After Kononov // Human rights. Case – law of the ECtHR, 2010, № 9 (en russe et en anglais)

²⁹ Costa J.-P., O'Boyle M. op.cit. p. 129

l'article 15 § 1 de la Convention : « *En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.* » La deuxième paraphrase du même article n'autorise aucune dérogation à l'article 2 (droit à la vie), sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre – il suffit de faire une dérogation. Si l'Etat défendeur n'a pas invoqué l'article 15 de la Convention, la Cour a toutes les raisons d'appliquer les dispositions de la Convention sans accepter aucune dérogation qui pourrait dérouter, le cas échéant, d'une application parallèle du DIH, ce qui s'est produit lors de l'examen d'une des premières affaires « tchetchènes » contre la Russie qui n'a pas invoqué la clause de dérogation envers le conflit armé interne. Par conséquent la Cour a stipulé que la perte de vies humaines lors des attaques aériennes devait être appréciée « à l'aune d'un contexte juridique normal » : « No martial law and no state of emergency has been made under Article 15 of the Convention (...) The operation in question therefore has to be judged against a normal legal background »³⁰. L.-A. Sicilianos commente: « Autrement dit, la Cour a fait quasiment abstraction du contexte militaire, pour envisager la mort des victimes selon le droit normalement applicable en temps de paix. Cette approche pourrait paraître étonnante. Elle ne l'est pas, si l'on tient compte du fait que les deux parties avaient fondé leur argumentation exclusivement sur la Convention, le DIH ayant été complètement ignoré »³¹. Mais dans un cas pareil, où les requérants ont invoqué le droit international humanitaire et surtout l'article 3 commun aux Convention de Genève de 1949³², tandis que l'Etat défendeur fondait sa position uniquement sur l'article 2 de la Convention, la Cour a préféré de ne pas tenir compte du droit humanitaire³³.

Une longue liste des affaires dites « kurdes » contre la Turquie a vu se manifester la même approche restrictive de la part de la Cour qui évitait de se référer au droit des conflits

³⁰ *Issaïeva c. Russie*, 24 février 2005, § 191. Voir aussi : *Gubiyev c. Russie*, 19 juillet 2011, § 79, *Damayev c. Russie*, 29 mai 2012, § 71. Pour plus de détails voir la fiche thématique de la Cour : Dérogation en cas d'état d'urgence, Avril 2018 // echr.coe.int/presse/fiches_thematiques

³¹ *Sicilianos L.-A.* op.cit., p. 6

³² Article 3 commun adopte une série de règles susceptibles de s'appliquer de plein droit à tout conflit armé non-international quel qu'il soit l'ampleur et la durée et quel qu'il soit le degré d'organisation du parti insurgé

³³ *Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva c. Russie*, 24 février 2005, §§157, 160, 168

armés non-internationaux et fondait son analyse exclusivement sur la Convention, même si la Turquie invoquait souvent la clause de dérogation³⁴.

Dans l'affaire concernant le conflit en Transnistrie « *Ilascu et autres c. Moldova et Russie* » (8 juillet 2004) la Cour a dépensé toute son énergie dans la recherche de la « juridiction » et de la « responsabilité » de la Russie en appliquant la matrice des affaires *Loizidou* et *Chypre c. la Turquie* sur une situation radicalement différente³⁵ et tout en négligeant de se placer sur terrain de la quatrième Convention de Genève de 1949.

L'ouverture timide au DIH³⁶

Même si l'attitude de la Cour envers le DIH appliqué aux conflits armés non-internationaux restait assez longtemps réservée, il lui arrive de tenir compte des normes du DIH dans les affaires ayant comme toile de fond des conflits internationaux. C'est dans l'affaire « *Varnava et autres c. Turquie* » (18 septembre, 2009) concernant des personnes disparues lors des hostilités à Chypre en 1974, que la Cour a rompu avec la tradition d'éviter des dispositions du DIH dans sa prise des positions : le caractère évident du problème humanitaire y a beaucoup contribué. Alors la Cour a stipulé : « *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 ...* »³⁷. Dans cette affaire la Cour a démontré que les normes du DIH sont convergentes et compatibles avec celles de la Convention et c'est surtout vrai quand il s'agit de non seulement protéger la vie des êtres humains, mais aussi de mener l'enquête effective et indépendante des violations du droit à la vie malgré les obstacles évidentes dus au contexte de conflit armé³⁸. Sans trop exagérer l'on peut conclure que l'harmonie entre le DIH et la Convention est plus évidente quand il s'agit de la protection de la vie pendant les conflits

³⁴ *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, § 67 et suiv. ; *Kaya c. Turquie*, 19 février 1998, § 86 – 92 ; *Ergi c. Turquie*, 28 juillet 1996, § 79 – 86 ; *Ahmet Ozkan et autres c. Turquie*, 6 avril 2004, § 309 – 320 ; *Kanlibas c. Turquie*, 8 décembre 2005, § 39 - 51

³⁵ Voir la critique de cette méthodologie dans « *Ilascu et autres c. Moldova et Russie* », 8 juillet 2004, opinion dissidente du juge Kovler

³⁶ Le terme de L.-A.Sicilianos – op.cit. p. 7

³⁷ *Varnava et autres c. Turquie G.C.*, 18 septembre 2009, § 185

³⁸ Voir : *Al-Skeini et autres c. Royaume Uni*, G.C. 7 juillet 2011, § 164 ; *Jaloud c. Pays Bas G.C.* 20 novembre 2014, § 186, § 226

armés³⁹. Mais la Cour doit faire face aux affaires juridiquement plus compliquées où cette harmonie est difficile à atteindre.

La prise en compte du droit international humanitaire dans le contexte du principe *nullum crimen sine lege*

Si le recours au droit international humanitaire est évident dans les affaires concernant le droit à la vie, il est plus difficile d'appliquer ce droit dans les affaires concernant les représailles pour les crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité, surtout quand la Cour fait face au principe de la non-rétroactivité de la loi pénale consacré par l'article 7 de la Convention et au caractère imprescriptible de ces crimes selon le DIH.

Déjà dans l'affaire « *X. c. Belgique* » (le requérant se plaignait de ne plus toucher la pension pour invalidité à la suite d'une condamnation pénale prononcée contre lui en 1945 pour la collaboration avec l'ennemi) la Commission dans sa décision du 20 juillet 1957 a mentionné le paragraphe 2 de l'article 7⁴⁰ pour conclure : « ... *il ressort des travaux préparatoires de la Convention que le paragraphe 2 de l'article 7 a pour but de préciser que cet article n'affecte pas les lois qui, dans les circonstances tout à fait exceptionnelles qui se sont produites à l'issue de la deuxième guerre mondiale, ont été passées pour reprimer les crimes de guerre et les faits de trahison et de collaboration avec l'ennemi, et ne vise à aucune condamnation juridique ou morale de ces lois* »⁴¹. Donc, les références à l'article 7 § 2 suffisaient à la Cour pour reconnaître irrecevables les requêtes des personnes condamnées pour les crimes de guerre.

C'est la « nouvelle Cour » permanente qui a adopté au début des années 2000 une série de décisions et d'arrêts qui font appel aux dispositions du droit international dans les affaires concernant les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Alors, dans l'arrêt de la Grande Chambre « *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* » (ordres de tirer sur les fugitifs traversant le mur de Berlin) la Cour dit explicitement : « *La Cour estime qu'il est de son*

³⁹ Voir : *Gaccioli G.* L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie, Paris 2013

⁴⁰ § 2 : « Le présent article ne porte pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées ».

⁴¹ *X.c. Belgique* (Déc. de la Commission) 20 juillet 1957, Annuaire I, p. 241. Voir aussi : *De Becker c. Belgique* (Déc.) 9 juin 1958, Annuaire 2, p. 227 ; *X. c. Norvège* (Déc.) 30 mai 1961, Recueil de décisions de la Commission n.6, p.41 ; *Touvier c. France* (Déc.) 13 janvier 1997, Décisions et rapports 88 – A, p. 148 ; *Papon c. France* (Déc.) 15 novembre 2001 ; *Tess c. Lettonie* (Déc.) 12 décembre 2002

devoir de considerer la présente affaire également sous l'angle des principes du droit international, en particulier ceux relatifs à la protection internationale des droits de l'homme, spécialement en raison du fait que les tribunaux allemands ont fait usage d'arguments fondés sur ces principes ...

Il convient donc d'examiner si, au moment où elles ont été commises, les actions des requérants constituaient des infractions définies avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité par le droit international, en particulier ses règles sur la protection des droits de l'homme »⁴².

La décision de la Cour dans l'affaire « *Kolk et Kislyiy c. Estonie* » mérite un intérêt particulier. Il s'agissait de la condamnation des requérants à des peines de prison assez sévères pour avoir participé, en mars 1949, à la déportation de la population civile d'Estonie vers des zones reculées de l'Union Soviétique. A part des expressions peu habituelles pour le langage d'une cour internationale («joug soviétique» etc.), en mentionnant le Statut du Tribunal de Nuremberg (article 6c) et la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité du 21 octobre 1991, la Chambre de la Cour conclut : « *Par conséquent, la responsabilité pour crimes contre l'humanité ne saurait se limiter aux seuls ressortissants de certains pays ni aux seuls actes commis pendant la Seconde Guerre mondiale* »⁴³. Conclusion audacieuse qui appelle à la révision du «droit de Nuremberg» ... Puis la Chambre tient à souligner que l'article 1 (b) de la Convention sur l'imprescriptibilité « dispose expressément que les crimes contre l'humanité qu'il soient commis en temps de guerre ou en temps de paix, sont imprescriptibles, quelle que soit la date de leur commission » - pour conclure ensuite : « *La Cour note que, quand bien même les actes commis par les requérants auraient pu être considérés comme licites en droit soviétique à l'époque des faits, les tribunaux estoniens ont estimé qu'ils constituaient les crimes contre l'humanité au regard du droit international au moment de leur commission. La Cour ne voit aucune raison de s'écarter de cette conclusion* ». Ainsi la Cour a considéré que « *la condamnation pénale prononcée contre les requérants avait une base légale dans l'article 61 – 1 §1 du code criminel* » (précision : le code daté de 1992 et modifié en 1994, tandis que c'était le code criminel de 1946 qui s'appliquait en Estonie au moment des faits et ne punissait pas les actes attribués aux requérants). Cette lecture novatrice du droit international humanitaire a provoqué des réactions loin d'être unanimes. Par exemple, Antonio Cassese,

⁴² *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, G.C., 22 mars 2001, § 90

⁴³ *Kolk et Kislyiy c. Estonie* (Déc.) 17 janvier 2006

l'éminent juriste-internationaliste, ancien président du Tribunal pénal international pour l'ex Yougoslavie, a estimé dans un article relatif à la décision de la Cour sur cette affaire, que même si la Cour est arrivée au bon résultat, il en empruntait un raisonnement erroné. Selon lui les principes généraux du droit ne permettaient pas de reconnaître l'existence de l'incrimination pour crime contre l'humanité alors que la coutume internationale établie à l'époque des faits aurait dû servir de fondement au raisonnement de la Cour⁴⁴.

Il a fallu faire une étude plus approfondie (et moins politisée) de la notion du conflit armé de caractère non-international, de la qualité de victime des violation de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et d'éléments de définition du crime contre l'humanité dans l'affaire « *Korbely c. Hongrie* » (G.Ch. 19 septembre 2009), (un militaire à la retraite a été inculpé en 1994 pour avoir participé à la repression d'une émeute au cours de l'insurrection de 1956 en Hongrie). Vu les circonstances de l'espèce Kobely, il suffirait de faire référence au meurtre en tant que crime contre l'humanité, sans qu'il soit nécessaire d'examiner d'autres atteintes à l'existence physique qualifiées également de crime contre l'humanité par le DIH.

Or, la Cour – à la différence des tribunaux nationaux – a considéré que l'une des victimes faisant partie des insurgés ne relevait d'aucune des catégories de non-combattants protégés par l'article 3 commun des Convention de Genève. Elle a conclu que cette norme conventionnelle ne pouvait pas servir de fondement à une condamnation pour crime contre l'humanité au regard des normes pertinentes du droit national et international applicables à l'époque des faits. Donc, il y avait violation de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Si dans l'affaire *Korbely* la Cour a tranché avec toutes les nuances la question de qualification des crimes contre l'humanité à la lumière du droit international humanitaire, il n'en était pas le cas de qualification des crimes de guerre dans l'affaire « *Kononov c. Lettonie* » : au moment des faits à voir le 27 mai 1944 (date de l'opération, dirigée par le requérant faisant partie des «partisans rouges», contre les habitants du village letton, ayant collaboré avec l'occupant nazi et ayant rendu à l'ennemi les partisans soviétiques qui se sont

⁴⁴ Cassese A. Balancing the Prosecution of Crimes Against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law: The *Kolk and Kislyiy v. Estonia* Case Before the ECHR // Journal of International Criminal Justice. 2006, № 4, p. 416. Voir dans le même sens: Saccucci A. Repressione dei crimi contro l'umanità ed irretroattività della legge penale nel quadro della Connenzione europea dei diritti dell'uomo // Diritti umani e diritto internazionale, 2007, № 1, p. 160 – 167

cachés au village) – ni le Statut du Tribunal de Nuremberg, ni les Conventions de Genève n'existaient pas encore.

Alors les juridictions nationales ont condamné le requérant en 2000 – 2004 d'après le Code pénal en vigueur depuis 1961, remplacé par le Code de 1998, pour « *avoir perpétré des actes prohibés par le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, par la Quatrième Convention de la Haye de 1907 et par la Quatrième Convention de Genève de 1949* ».

Le 24 juillet 2008 la Troisième Chambre de la Cour Européenne par 4 voix contre 3 avait trouvé violation de l'article 7 § 1 de la Convention Européenne. D'après E.Decaux, « *l'arrêt lui-même traduit une ignorance assez vertigineuse des fondements du droit humanitaire* »⁴⁵. En effet, pour les raisons évidentes (pour la majorité) la Cour devait concentrer son analyse sur des dispositions de l'article 7 § 1 de la Convention.

La Grande Chambre dans son arrêt du 17 mai 2010 en a décidé autrement. Comme la Chambre, la Grande Chambre a examiné l'affaire sous l'angle de l'article 7 § 1 afin de déterminer s'il existait une base légale suffisamment claire, compte tenu de l'état du droit au 27 mai 1944, pour condamner le requérant pour crimes de guerre, et ensuite rechercher si cette incrimination était définie en droit avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité. Comme il a déjà été indiqué, la Cour a fait une longue genèse de la notion de «crime de guerre» depuis le Code Lieber américain de 1863 (que le jeune sergent soviétique était supposé de connaître ...) et la Convention de la Haye de 1907 pour légitimer la base juridique de l'incrimination ...

Quant à la qualification des victimes comme des «civils» aux termes du DIH, la Grande Chambre conclut, que même si les villageois avaient des armes distribuées par les nazis pour leur «auto-défense», il n'y avait pas eu de preuves qu'ils portaient des armes «*au moment des événements*» (§ 191) tout en admettant ensuite que c'étaient des «*civils ayant pris partie aux hostilités*» (§ 194). Pour la Cour, « *en vertu du droit coutumier en vigueur en 1944, les civils ne pouvaient être attaqués que lorsqu'ils participaient directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation* » (§ 203). Cette conclusion contredit celle faite auparavant par la Chambre : « *En effet, cette opération ne semble guère différente de celles effectuées à la même époque par les forces armées des alliés et par les résistants locaux dans de nombreux*

⁴⁵ Decaux E. De l'imprévisibilité de la jurisprudence européenne en matière de droit humanitaire. // Revue trimestrielle des droits de l'homme, Avril 2011, N° 86, p. 344

pays européens occupés par l'Allemagne nazie. » (§ 134 de l'arrêt 2008 de la Chambre). En refutant cet argument de la Chambre, la Grande Chambre observe que les actes imputés aux autres attestent « un changement dans la coutume internationale » (§ 226). E.Decaux réplique : « L'argument est d'autant plus curieux que la Cour ne s'appuie sur aucune référence jurisprudentielle ou doctrinale. S'agissant d'un principe fondamental du droit humanitaire, il semble assez risqué d'affirmer qu'une pratique généralisée suffise à remettre en cause une norme relevant du *jus cogens* »⁴⁶.

Le juge Costa, président de la Cour et ses deux collègues qui ont exprimé une opinion dissidente, ont souligné qu'il faut « *distinguer le droit international tel qu'il existait au moment des faits et celui qui s'est dégagé et progressivement affirmé postérieurement, essentiellement à partir du procès de Nuremberg qui commença en novembre 1945, et qui a revêtu et revêt une importance à bien des égards capitale* » (§ 8 de l'opinion dissidente). Ils insistent aussi que le droit international humanitaire et spécialement le *jus in bello* n'existait en 1944 qu'à l'état embryonnaire malgré les références au Code Lieber et à la « clause de Martens », pour que ces textes aient pu fonder une base juridique suffisamment solide et reconnue pour que les crimes de guerre soient considérés comme définis à cette époque avec précision. « *Que le procès de Nuremberg ait puni ex post facto les accusés traduits devant lui ne veut pas dire que tous les crimes commis pendant la Seconde Guerre mondiale pouvaient relever rétroactivement aux fins de l'article 7 § 2 de la Convention, de l'incrimination de crimes de guerre et des pénalités afférents* » (§ 14). En réplique à l'affirmation de la Grande Chambre que le Code Lieber ou la Convention de La Haye 1907 constituaient une base juridique suffisante pour l'incrimination de crimes de guerre, les trois juges rétorquent : « *Les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » ont été, à notre avis, énoncés clairement à Nuremberg, mais pas avant. Sauf à postuler par principe qu'ils préexistaient. S'ils préexistaient, à partir quand ? De la Seconde Guerre mondiale ? De la Première ? De la guerre de Sécession et du Code Lieber ? N'est-il pas, avec tout le respect, quelque peu spéculatif de l'établir dans un arrêt rendu au début du XXI siècle ? La question méritait d'être posée* » (§ 14).

Quant à la conclusion d'Emmanuel Decaux, elle est assez révélatrice pour la perception des positions de la Cour à l'extérieur du Palais des Droits de l'homme : « Tout le mérite de

⁴⁶ Decaux E. op.cit., p. 352. Voir aussi : Pinzauti G. The European Court of Human Rights' Incidental Application of International Criminal Law and Humanitarian Law: A Critical Discussion of *Kononov v. Latvia* // Journal of International Criminal Justice, 2008, vol. 6, Is. 5

l'arrêt de la Grande Chambre est l'avoir pris le droit international humanitaire au sérieux. Les juges de Strasbourg ont ainsi découvert – mieux vaut tard que jamais – que ce droit, existait avant même la création de la Cour, mais fallait-il pour autant parler de rétroactivité ? C'est la prise de conscience des juges qui est peut-être tardive »⁴⁷.

Le précédent de *Kononov* n'a pas été suivi par la jurisprudence ultérieure de la Cour. Dans le cas « *Maktouf et Damjanovic c. Bosnie – Herzégovine* » (G.C. 18 juillet 2013) les deux requérants ont été condamnés pour une crime de guerre par la Cour d'Etat ; ils se plaignaient d'être vu appliquer rétroactivement une loi pénale plus sévère que celle qui était applicable au moment où ils avaient commis les actes qui leur étaient reprochés. Sans difficultés la Grande Chambre a trouvé une violation de l'article 7 de la Convention en rejetant l'argument du Gouvernement selon lequel la justice nationale avait appliqué le DIH qui oblige les Etats de sanctionner de manière adéquate les crimes de guerre et permet de s'écarter de la règle de la non-rétroactivité des délits en l'espèce. (§ 42 – 43 et § 74 de l'arrêt).

L'affaire « *Vasiliauskas c. Lituanie* » (G.C. 20 octobre 2015) est assez similaire à celle de *Kononov*, le rapprochement géographique et géo-politique aidant. Il s'agissait de la condamnation par les tribunaux lituaniens du requérant pour les crimes de génocide car il participait au début des années 1950 à la répression des groupes des partisans lituaniens entrés en résistance contre le régime soviétique après la Seconde Guerre mondiale. Le requérant a été condamné sur le seul fondement de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, la justice nationale ayant qualifié des partisans de «représentants de la nation lituanienne» (sans pour autant préciser ce qu'elle entendait par «représentants») donc protégés par la Convention sur le génocide.

Or la majorité fragile (9 : 8) de la Grande Chambre a estimé nécessaire de préciser que la définition de génocide donnée par le droit international n'englobe pas les «groupes politiques» et que ce crime n'est pas clairement défini par le droit international coutumier pour que cette définition serve de base solide d'incrimination. Elle a conclu à la violation de l'article 7 de la Convention. Fait révélateur : la plupart des opinions dissidentes dans cette affaire sont marquées par des considérations clairement politiques ce qui signifie que l'activisme judiciaire cette fois a dépassé la ligne rouge d'impartialité ...

⁴⁷ *Decaux E. op.cit.*, p. 357

La prise en compte et l'application (sélective) du droit international humanitaire : les tendances des dernières années

Paradoxalement, trois quarts du siècle après la fin de la Deuxième Guerre mondiale la Cour est amenée à trancher sur les situations de guerre : le Chypre du Nord, la Transnistrie, le Haut Karabakh, l'ex Yougoslavie, le conflit Russie – Géorgie en 2008 etc. Par la force des choses le DIH fait son apparition dans les arrêts de la Cour, mais la réaction de la Cour est souvent assez réservée : « En autres termes, la Cour n'ignore pas le droit humanitaire, elle en tient compte, mais elle ne fonde pas la solution du litige sur le droit humanitaire »⁴⁸. Tels étaient les deux cas examinés simultanément par la même composition de la Grande Chambre (précaution justifiée du président Costa) : « *Sargsyan c. Azerbaïdjan* » (G.C., 16 juin 2015) et « *Chigarov et autres c. Arménie* » (G.C., 16 juin 2015), les deux cas concernant les conséquences pour la population civile du conflit armé au Haut-Karabakh. Même si la Cour avait examiné de près les situations des requérants du point de vue du DIH (déplacement des populations, déportations, droit de retour aux foyers etc), la Cour est arrivée à la conclusion que le DIH ne donnait pas «une réponse concluante»⁴⁹ aux problèmes soulevés par les requérants (par ex. accès aux tombeaux des parents défunts). Alors, ayant pris en compte les dispositions du DIH, la Cour a concentré son analyse sur les violations alléguées de la Convention pour conclure à la violation continue des articles 8, 13 et 1 du Protocole 1.

Dans certains autres cas la Cour applique directement le DIH si elle estime que cela renforce ses positions. Tel était le cas de l'affaire « *Marguš c. Croatie* » (G.C., 27 mai 2014) qui concernait la condamnation en 2007 d'un ancien commandant de l'armée croate pour crimes de guerre commis contre la population civile en 1991. Les infractions pénales dont il avait été reconnu coupable étaient les mêmes que celles qui avaient fait l'objet d'une procédure clôturée en 1997 sur le fondement de la loi d'amnistie générale. La Cour a jugé que l'article 4 du Protocole 7 (droit à ne pas être jugé ou puni deux fois) n'était pas applicable relativement aux accusations initiales car le droit international tend de plus en plus considérer comme inacceptable l'octroi d'amnisties pour des violations graves des droits de l'homme, en se référant notamment aux Conventions de Genève de 1949 et à la Convention de 1948 sur la prévention et la répression du crime de génocide (§§ 37 – 40 et 42 de l'arrêt).

⁴⁸ *Sicilianos L.-A.* op.cit., p. 12

⁴⁹ Voir : *Sargsyan*, § 232 ; *Chiragov* § 199

L'arrêt « *Hassan c. Royaume Uni* » (G.C., 16 septembre 2014) mérite d'être cité comme celui où la Cour s'est rapprochée le plus du DIH. En effet, pour juger si la détention du frère du requérant par des forces britanniques en Irak était régulière et satisfaisait les exigences de l'article 5 de la Convention, la Cour a entrepris une opération d'interprétation par l'intermédiaire du DIH. Comme la détention en question ne correspondait à aucune des catégories mentionnées dans l'article 5 § 1 points de a) à f)), la conclusion à faire pourrait être la violation de l'article 5, d'autant plus que le détenu n'a pas été conduit à un tribunal compétent. Mais la Cour a tenu compte de la situation d'un conflit armé international et a fait appel à la Quatrième Convention de Genève dont les dispositions, en matière de la détention sont moins exigeantes que celles de la Convention Européenne. Et comme le frère du requérant Hassan a été libéré par les autorités militaires britanniques quelques jours après son arrestation, la Cour a conclu que les exigences du droit humanitaire et donc celles de la Convention Européenne avaient été satisfaites (§ 105 – 107 de l'arrêt). Selon L.-A. Sicilianos « la Cour fait preuve de pragmatisme en acceptant de baisser quelque peu le standard de protection prévu par la Convention pour tenir compte de la situation qui prévaut dans le contexte d'un conflit armé international »⁵⁰. La position des quatre juges dissidents est plus critique : pour eux la Cour ne dispose « *d'aucun instrument légitime, en tant que tribunal* » de remédier à un éventuel conflit normatif entre le droit international humanitaire et la Convention Européenne des droits de l'homme. Ils sont persuadés que la Cour « *doit donner priorité à la Convention, son rôle se bornant en vertu de l'article 19 à assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la Convention et de ses Protocoles* »⁵¹.

Conclusion

1. Malgré les approches différentes, il est évident qu'il existe un lien entre le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme dont la Convention Européenne des droits de l'homme est une émanation. Ces deux branches du droit international général sont des éléments importants de l'ordre juridique international. Leur « drainage » réciproque (terme de S.Touzé) est bénéfique

⁵⁰ Sicilianos L.-A. op.cit., p. 16

⁵¹ Hassan c. Royaume Uni G.C., 16 septembre 2014. Opinion en partie dissidente du juge Spano, à laquelle se rallient les juges Nicolaou, Bianku et Kalaydjieva, § 19

pour la protection encore plus efficace des droits de l'homme en temps de paix, mais surtout en temps des conflits armés.

2. Les problèmes surgissent quand il s'agit de l'application des normes de ces droits dans les cas précis. L'analyse de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme démontre qu'il existaient et existent toujours des différences d'appréciation du DIH comme *lex specialis* par rapport au droit de la Convention Européenne. Il est difficile de dégager une théorie ou au moins une méthodologie d'appréciation du DIH par la Cour. Ce manquement devient surtout évident quand il s'agit des violation alléguées de l'article 7 de la Convention : le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale consacré par la Convention entre en conflit avec le principe de l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité qui est au cœur du DIH. En conséquence la jurisprudence de la Cour en la matière est inégale et instable. Sans le vouloir la Cour aggrave la fragmentation du droit international en fractions contradictoires.
3. L'analyse de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme montre que la Cour au fil du temps avait des positions différentes envers le droit international humanitaire (DIH) – de la réticence à l'application directe du DIH. Le plus souvent ses prises de position ne passaient pas à l'unanimité (l'arrêt *Vasiliauskas* adopté par 9 voix contre 8 avec nombreuses opinions concordantes, séparées et dissidentes en est une preuve récente), ce qui prouve que la Cour n'a pas élaboré une méthodologie fiable permettant d'avoir des critères plus au moins stables du recours au DIH.

L'arrêt de la Grande Chambre dans l'affaire *Kononov* démontre que l'approche sélective (marquée par des raisons ouvertement géo-politiques) envers les normes du DIH concernant les crimes de guerre contrastait avec les arrêts précédents (*Korbely*) et ultérieurs (*Maktouf et Damjanovic*), ce qui a rendu l'application de l'article 7 de la Convention imprévisible, le résultat dépendant souvent de la composition de la Commission, de la Chambre ou de la Grande Chambre ...

4. Il est donc souhaitable que la Cour Européenne des droits de l'homme forte de l'application des doctrines de l'interprétation autonome et évolutive de la Convention, développe une sorte de théorie (soit dans un arrêt de la Grande Chambre, soit dans un avis consultatif) de l'application du droit international

général, et en particulier du droit international humanitaire à la lumière des normes de la Convention. Cet effort contribuerait à stabiliser l'ordre juridique international et européen au lieu d'aggraver sa fragmentation.