COUNCIL OF EUROPE CONSEIL DE L'EUROPE

DH-SYSC-II(2018)15

18/07/2018

COMITÉ DIRECTEUR POUR LES DROITS DE L'HOMME

(CDDH)

_____

COMITÉ D'EXPERTS SUR LE SYSTÈME
DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

(DH-SYSC)

_____

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

_____

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

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

(tel que rédigé par les co-Rapporteurs Mr Alexei ISPOLINOV et Mr Chanaka WICKREMASINGHE en vue de la 4e réunion du DH-SYSC-II, 25-28 septembre 2018)

(traduction du Secrétariat)

SYSC II

Thème 1 sous-thème iv – la relation entre la Convention et le Droit international humanitaire (DIH)

Les rapporteurs tiennent à remercier Anatoly Kovler, Sébastien Touzé et Illaria Viarengo ainsi que Federica Favuzza pour leurs contributions à la préparation de ce rapport.

1. Introduction

L'un des domaines dans lesquels l'interaction des différents organes du droit international a été le plus discutée ces dernières années est celui entre le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire (DIH). Et il n'est pas surprenant que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg occupe une place prépondérante dans ces discussions. Cependant, avant d'examiner l'évolution de la jurisprudence de la Cour et d'examiner les défis et les solutions possibles qui peuvent en découler, il peut être utile d'encadrer cette discussion par quelques mots introductifs sur la nature et l'application du DIH et les situations dans lesquelles son interaction avec la CEDH pourrait survenir.

Le droit international humanitaire ou le droit des conflits armés régira les activités des personnes engagées dans un conflit armé. En tant que tel, il s'agit d'un corpus de droit spécialisé destiné à être appliqué dans des situations où les processus habituels d'ordre social sont en panne ou sont menacés. Il a ses propres caractéristiques spécifiques, mais son objectif principal est de veiller à ce que les considérations d'humanité continuent d'être mises en balance avec les exigences de la nécessité militaire dans les situations de conflit.

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

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

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

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

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

Cette séparation s'explique traditionnellement par la spécificité du champ d'application du DIH. Le DIH s'applique dans les situations de conflit armé, régissant principalement la conduite des hostilités et la protection des personnes hors combat. En revanche, le droit des droits de l'homme s'appliquera en principe à la fois en temps de paix et de conflit. Dans sa première déclaration sur la relation entre ces deux corps de droit, la Cour internationale de Justice a déclaré:

> *« La Cour observe que la protection offerte par le pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre, si ce n'est pas par l'effet de l'article 4 du pacte, qui prévoit qu'il peut être dérogé, en cas de danger public, à certaines des obligations qu'impose cet instrument. Le respect du droit à la vie ne constitue cependant pas une prescription à laquelle il peut être dérogé. En principe, le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie vaut aussi pendant des hostilités. C'est toutefois, en pareil cas, à la* lex specialis *applicable, à savoir le droit applicable, dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie. Ainsi, c'est uniquement au regard du droit applicable dans les conflits armés, et non au regard des dispositions du pacte lui-même, que l'on pourra dire si tel cas de décès provoqué par l'emploi d'un certain type d'armes au cours d'un conflit armé doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie contraire à l'article 6 du pacte. » (Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires (1996), paragraphe 25).*

Dans la même veine, dans son Avis consultatif sur l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, la CIJ a déclaré:

> *« la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé, si ce n'est pas l'effet de clauses dérogatoires du type de celle figurant à l'article 4 du pacte international relatif aux droits civils et politiques. Dans 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 exclusivement des droits de l'homme ; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international. Pour répondre à la question qui lui est posée, la Cour aura en l'espèce à prendre en considération les deux branches du droit international précitées, à savoir les droits de l'homme et, en tant que* lex specialis*, le droit international humanitaire. »* (C.I.J. Recueil 2004, p.178, paragraphe 106).

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

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

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

2. Approche de la Cour européenne des droits de l'homme à des situations de conflit armé

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

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

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

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

(b) Affaires contenant une référence secondaire au DIH

Dans certains cas, la Cour européenne des droits de l'homme a pris les dispositions du DIH comme faisant partie du contexte juridique dans lequel la CEDH s'applique. Dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*, par exemple, afin d'établir, sur le terrain de la Convention, la responsabilité de la Turquie pour avoir privé la requérante de la jouissance de ses biens dans le Nord de Chypre, la Cour a fondé ses conclusions sur le contrôle effectif exercé par les forces militaires turques sur cette région. Par la suite, dans l'affaire *Varnava c. Turquie* (concernant des personnes disparues à la suite des opérations militaires de la Turquie dans le nord de Chypre en 1974), la Cour a examiné l'application de l'article [2] dans le contexte du DIH dans les termes suivants :

> *« … 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 (voir Loizidou, précité, § 43). 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.*
>
> *186. En l'espèce, le gouvernement défendeur n'a soumis aucun élément ni aucun renseignement concret indiquant que l'un quelconque des hommes disparus ait été trouvé mort ou ait été tué dans la zone de conflit sous son contrôle. Cela étant, il n'existe par ailleurs aucune autre explication convaincante sur ce qui a pu arriver aux intéressés qui serait de nature à contrer les allégations des requérants selon lesquelles les intéressés ont disparu dans des secteurs sous le contrôle exclusif du gouvernement défendeur. A la lumière des constats formulés par elle dans la quatrième affaire interétatique, lesquels n'ont pas donné lieu à controverse, la Cour considère que les disparitions litigieuses sont survenues dans des circonstances mettant la vie des intéressés en danger, la conduite des opérations militaires s'étant accompagnée d'arrestations et d'homicides en grand nombre. L'article 2 impose donc à l'Etat défendeur une obligation continue de rechercher les personnes disparues et de rendre des comptes sur ce qu'il est advenu d'elles. Le cas échéant, des mesures de réparation pourraient alors effectivement être adoptées. »*

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

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

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

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

La Cour a examiné s'il y avait un appui dans le DIH pour le refus par le Gouvernement de la laisser accéder à son domicile dans le passage suivant:

> *230. Le Gouvernement argue en particulier que le refus de laisser quelque civil que ce soit accéder à Golestan se justifie par l'insécurité qui règne dans le village et aux alentours. Passant rapidement sur les obligations qui découlent pour lui du droit international humanitaire, il invoque principalement les intérêts de la défense et de la sécurité nationale ainsi que l'obligation de protéger les vies humaines contre les dangers des mines antipersonnel et de l'activité militaire qu'il estime lui incomber en vertu de l'article 2 de la Convention.*
>
> *231. Le Gouvernement n'a pas développé d'argumentation détaillée à l'appui de sa thèse consistant à dire que son refus de laisser les civils accéder à Golestan est fondé sur le droit international humanitaire. La Cour observe que cette branche du droit contient des règles en matière de déplacement forcé en territoire occupé mais ne traite pas expressément de la question de l'accès des personnes déplacées à leur domicile ou à leurs biens. L'article 49 de la quatrième Convention de Genève (paragraphe 95 ci-dessus) interdit les transferts forcés, en masse ou individuels, et les déportations à l'intérieur d'un territoire occupé ou depuis un tel territoire, et il ne permet l'évacuation d'une région occupée que si la sécurité de la population ou d'impérieuses raisons militaires l'exigent ; en pareil cas, les personnes déplacées ont le droit de rentrer chez elles dès la cessation des hostilités dans la région. Cela étant, ces règles ne sont pas applicables dans le présent contexte, car elles ne valent que pour un territoire occupé, alors que Golestan se trouve sur le territoire internationalement reconnu de l'État défendeur.*
>
> *232. 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.*

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

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

L'affaire dans laquelle la Cour a examiné les relations entre le DIH et la Convention dans les moindres détails est celle de *Hassan c. Royaume-Uni*. L'affaire concernait la détention du frère du requérant, Tarek Hassan, soupçonné d'être un combattant ou un civil qui constituait une menace pour la sécurité, les 22 ou 23 avril 2003. Il a été conduit au Camp Bucca, un

centre de détention géré par les États-Unis dans lequel le Royaume-Uni a conservé ses propres quartiers. Suite à son interrogatoire par les forces britanniques et américaines, les dossiers du Camp ont montré qu'il avait été libéré le 2 mai ou autour de cette date. Cependant, il n'a pas contacté sa famille au moment de sa libération et en septembre 2003, il a été retrouvé mort dans la ville de Samara. Le requérant engagea une procédure alléguant que le Royaume-Uni avait violé les articles 2, 3 et 5 à l'égard de son frère. Toutefois, comme les allégations au titre des articles 2 et 3 n'étaient pas établies sur la base des faits, c'est l'allégation au titre de l'article 5 qui est devenue centrale.

En réponse, le Royaume-Uni a d'abord fait valoir que la Convention ne s'appliquait pas de manière extraterritoriale pendant les hostilités actives d'un conflit armé international. Toutefois, à titre subsidiaire, il a également argué que, dans la mesure où la Convention s'appliquait dans de telles circonstances, elle devait être appliquée pour tenir compte du droit international humanitaire, qui s'appliquait en tant que *lex specialis* et pourrait opérer en vue de modifier ou même remplacer une disposition donnée de la Convention.

La Cour n'a pas accepté les arguments du Gouvernement défendeur contre l'application extraterritoriale de la Convention dans ces circonstances, au motif que le requérant relevait du contrôle physique des forces britanniques lors de sa détention et restait sous leur autorité et leur contrôle même lorsqu'il a été ultérieurement transféré dans la zone de détention des États-Unis au Camp Bucca. La Cour a donc souligné que le DIH et la Convention étaient applicables dans les circonstances de l'espèce.

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

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

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

> *« … 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.*

104. Toutefois, et conformément à la jurisprudence de la Cour internationale de justice, la Cour considère 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. Du fait de la coexistence en période de conflit armé des garanties offertes par le droit international humanitaire et de celles offertes par la Convention, les motifs de privation de liberté autorisés exposés aux alinéas a) à f) de l'article 5 doivent, dans la mesure du possible, s'accorder avec la capture de prisonniers de guerre et la détention de civils représentant un risque pour la sécurité sur la base des troisième et quatrième Conventions de Genève. La Cour est consciente que l'internement en temps de paix ne cadre pas avec le régime des privations de liberté fixé par l'article 5 de la Convention, sauf si le pouvoir de dérogation prévu par l'article 15 est exercé (paragraphe 97 ci-dessus). Ce ne peut être qu'en cas de conflit armé international, lorsque la faculté de prendre des prisonniers de guerre et de détenir des civils représentant une menace pour la sécurité est un attribut reconnu du droit international humanitaire, que l'article 5 peut être interprété comme permettant l'exercice de pouvoirs aussi étendus.

105. À l'instar des motifs de détention autorisés déjà énumérés dans ces alinéas, une privation de liberté imposée en vertu des pouvoirs conférés par le droit international humanitaire doit être « régulière » pour qu'il n'y ait pas violation de l'article 5 § 1. Cela signifie qu'elle doit être conforme aux règles du droit international humanitaire et, surtout, au but fondamental de l'article 5 § 1, qui est de protéger l'individu contre l'arbitraire (voir, par exemple, Kurt c. Turquie, 25 mai 1998, § 122, Recueil 1998-III, et El Masri, précité, § 230 ; voir aussi Saadi c. Royaume-Uni [GC], no 13229/03, §§ 67-74, CEDH 2008, et les affaires qui y sont citées).

106. Pour ce qui est des garanties procédurales, la Cour considère que dans le cas d'une détention intervenant lors d'un conflit armé international, l'article 5 §§ 2 et 4 doit être interprété d'une manière qui tienne compte du contexte et des règles du droit international humanitaire applicables. Les articles 43 et 78 de la quatrième Convention de Genève disposent que les internements « seront l'objet d'une révision périodique, si possible semestrielle, par les soins d'un organisme compétent ». S'il peut ne pas être réalisable, au cours d'un conflit armé international, de faire examiner la régularité d'une détention par un « tribunal » indépendant au sens généralement requis par l'article 5 § 4 (voir, sur le terrain de cette dernière disposition, Reinprecht c. Autriche, no 67175/01, § 31, CEDH 2005-XII), il faut néanmoins, pour que l'État contractant puisse être réputé avoir satisfait à ses obligations découlant de l'article 5 § 4 dans ce contexte, que l'« organe compétent » offre, en matière d'impartialité et d'équité de la procédure, des garanties suffisantes pour protéger contre l'arbitraire. De plus, la première révision doit intervenir peu après l'incarcération et être ultérieurement suivie de révisions fréquentes, de manière à garantir qu'un détenu qui ne relèverait d'aucune des catégories d'internement possibles en droit international humanitaire soit libéré sans retard injustifié. … »

Le juge Spano, auquel se sont joints trois autres juges, a émis une opinion partiellement dissidente, qui diffère de l'approche de la majorité consistant à chercher à traiter les dispositions juridiques apparemment contradictoires au moyen d'une interprétation "harmonieuse". Selon eux, la seule manière pour un État de concilier ses obligations en vertu de l'article 5 de la CEDH avec l'exercice des pouvoirs du DIH en matière de détention/internement en vertu des troisième et quatrième Conventions de Genève était de faire une dérogation valable en vertu de l'article 15.

3. Défis et solutions possibles

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

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

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

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

Une autre complexité peut résulter de la détermination du contenu des règles relatives au CANI, qui sont encore largement dérivées du droit international coutumier. Cependant, ce qui est essentiel, que la CEDH soit applicable ou non, c'est que les États définissent clairement le cadre juridique dans lequel ils opèrent et qu'ils adoptent des normes et des processus clairs sur des questions cruciales telles que le ciblage et la détention, qui respectent les principes fondamentaux. Toute interprétation «accommodante» ou «harmonieuse des obligations relevant du DIH et des droits de l'homme l'exigera en tant que socle minimum.

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

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

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

Tout ceci suggère que l'invocation de l'article 15 peut aider à répondre à certaines questions, mais elle est également susceptible de soulever d'autres questions, et il faudrait soigneusement évaluer sa contribution globale à créer une plus grande sécurité juridique.