



DH-SYSC-II(2019)35

06/02/2019

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)**

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

(traduction du Secrétariat)

Note préliminaire

1. Le présent texte fait partie du futur rapport du CDDH sur « La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique européen et international ». Il constitue le quatrième sous-chapitre de la partie / thème 1 de ce futur rapport, qui aborde « Le défi de l'interaction entre la Convention et les autres branches du droit international, y compris le droit international coutumier ».

2. Le texte a été rédigé par les co-rapporteurs MM. Alexei ISPOLINOV (Fédération de Russie) et Chanaka WICKREMASINGHE (Royaume-Uni). Il a été révisé et adopté à titre provisoire par le DH-SYSC-II lors de sa 5^e réunion, tenue du 5 au 8 février 2019. L'adoption provisoire signifie que le Groupe a examiné le texte du projet de chapitre paragraphe par paragraphe et procédé à des amendements, tant sur le contenu que sur la forme du texte. Le texte pourrait être mis à jour au cas où la Cour européenne des droits de l'homme rendrait de nouveaux arrêts importants avant l'adoption définitive de la totalité du futur rapport en 2019, afin d'harmoniser l'ensemble du texte du futur rapport et de tenir compte des orientations éventuelles données par le CDDH.

3. Le DH-SYSC-II a en outre décidé que le paragraphe 13 du présent texte sera consolidé lors de l'adoption finale du futur rapport.

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

1. Introduction

1. L'un des domaines dans lequel l'interaction des différents corpus du droit international a été le plus discutée ces dernières années est celui du droit international des droits de l'homme et du 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.

2. Le droit international humanitaire est l'ensemble des règles internationales coutumières et conventionnelles qui s'appliquent spécifiquement dans les conflits armés.¹ Il ne couvre pas les tensions internes ni les troubles tels que les actes de violence isolés qui n'atteignent pas le seuil d'un conflit armé. Il a ses propres caractéristiques spécifiques, mais son objectif principal est de limiter les effets des conflits armés en veillant 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 armé.

3. Le contenu du DIH distingue dans une certaine mesure : (a) les situations de conflit armé international (CAI) (conflit entre deux États ou plus) ; (b) les situations de conflit non-international (CANI) (conflit entre un ou plusieurs États, d'une part, et un ou plusieurs groupes armés non-étatiques, d'autre part ; ou un conflit entre deux ou plusieurs groupes armés non-étatiques). Le droit des conflits armés internationaux s'applique également dans les situations d'occupation belligérante (c'est-à-dire lorsque les forces armées d'un État occupent un territoire appartenant à un autre État, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance armée).

4. Les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels sont au cœur du DIH. En ce qui concerne le DIH applicable aux conflits armés internationaux, les règles les plus essentielles 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 pouvant s'appliquer dans une situation donnée et le droit international coutumier est également une source considérable du droit applicable aux CAI. A ce propos, 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 approfondissent particulièrement le droit sur ces deux sujets.

5. 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

¹ En tant que tel, le droit international humanitaire (DIH), parfois appelé aussi le droit des conflits armés (DDCA), a traditionnellement été divisé en deux branches: le «droit de La Haye», qui concerne principalement la manière dont les opérations militaires sont conduites, et «droit de Genève» relatif à la protection des personnes directement touchées par le conflit.

précaution et de proportionnalité que ceux qui sous-tendent le droit sur les CAI. Ces dernières années le développement et l'application du droit international coutumier aux situations de CANI ont connu un important développement.

6. 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, on a pu observer l'application, dans le contexte du CANI, des standards développés dans le cadre du CAI.

7. Comme indiqué précédemment, le DIH s'est développé comme un corpus de normes juridiques applicables au contexte très particulier du conflit armé, afin d'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 une violence organisée. Compte tenu de cet objectif et du fait que le DIH et le droit international des droits de l'homme se sont considérablement développés dans la période suivant la Seconde Guerre mondiale, en réaction aux horreurs survenues pendant cette période, il est à noter que les deux corpus de droit se sont longtemps développés en parallèle mais en grande partie séparément.

8. 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 en temps 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), Avis consultatif de la CIJ paragraphe 25).

9. 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).

10. L'utilisation du terme *lex specialis* dans les deux Avis consultatifs peut suggérer le remplacement d'une obligation générale par une obligation plus spécifique, conformément à la maxime *lex specialis derogat legi generali*. Cependant, dans sa décision subséquente dans l'affaire *RDC c. Ouganda*, la CIJ a rappelé 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.

11. Dans la mesure où les deux corpus de droit peuvent se chevaucher, les questions clés en ce qui concerne la CEDH sont susceptibles d'inclure :

- comment le droit à la vie visé à l'article 2 de la CEDH s'applique dans la conduite des hostilités (y compris, par exemple, son interaction avec la loi sur le ciblage) ;
- comment l'article 5 de la CEDH s'applique à la détention de prisonniers de guerre ou à l'internement ;
- comment l'article 15 de la CEDH peut être invoqué dans des situations de conflit armé ;
- comment l'article 1 du Protocole 1 de la CEDH s'applique aux personnes déplacées de leurs propriétés par un conflit ;
- dans quelle mesure une Partie contractante doit-elle appliquer la CEDH dans des situations de conflit armé au-delà de son propre territoire.

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

12. Bien qu'il y ait eu un nombre considérable de requêtes devant la Cour de Strasbourg concernant des situations de conflit armé, 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. Il y a au moins deux facteurs qui peuvent être mis en avant pour expliquer ceci. Premièrement, il se peut que les États ne souhaitent pas qualifier une situation sur leur territoire 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 la force pour faire respecter la loi et l'ordre. En second lieu, ce n'est que ces dernières années que la Cour a été plus ouverte à l'application du DIH.² Un certain nombre d'étapes de cette évolution ont été identifiées.

² Voir, par exemple, L.A. Sicilianos, L'articulation entre droit international humanitaire et droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Revue Suisse de droit international et droit européen*, Vol. 27, No. 1, 2017, pp. 3-17; et également W. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, (2015) OUP, aux pp. 153-158.

(a) Affaires concernant des activités militaires sans référence au DIH

13. Au point de départ de cette évolution, une apparente réticence de la part de la Cour à examiner les dispositions du DIH a été observée dans une partie de sa jurisprudence antérieure.³ Par exemple, dans l'affaire *Isayeva c. Russie* (concernant les décès et blessures des PDI causés par la réponse militaire à la violence séparatiste tchéchène 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.⁴

(b) Affaires contenant une référence secondaire au DIH

14. Dans certaines affaires, 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 *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 de la CEDH 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 (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. »

³ Voir les contributions du professeur A. Kovler (DH-SYSC-II (2018)10) et du professeur S. Touzé (DH-SYSC-II(2018)13). Voir également, G. Gaggioli et R. Kolb, *A Right to Life in Armed Conflicts? The Contribution of the European Court of Human Rights*, (2007) Israel Yearbook of Human Rights, pp. 115-163.

⁴ Voir *Issaïeva c. Russie* n° 57947/00 §§ 180 et 184, 24 février 2005; *Issaïeva et autres c. Russie*, n°s 57947/00 et deux autres, § 157 et § 181 ; 24 février 2005.

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

15. Dans l'affaire *Sargsyan c. Azerbaïdjan* (concernant une plainte d'un 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 dans son droit au respect de son domicile (Art. 8), la Cour a examiné si le DIH pouvait servir de fondement légal au refus opposé par le Gouvernement de laisser le requérant 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. »

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

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

17. 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 en Iraq, 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.

18. 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.

19. 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.

20. La Cour a donc dû faire face à la difficulté liée au 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 de ne pas appliquer 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 :

- (a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ;
- (b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ;
- (c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

21. 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 découlant de la Convention lorsqu'elles entreprenaient une activité militaire extraterritoriale dans un conflit armé international. 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. ... »⁵

⁵ Voir également l'opinion partiellement dissidente du juge Spano, à laquelle se rallient les juges Nicolaou, Bianku et Kalaydjieva, s'écartant de l'approche adoptée par la majorité de chercher à aborder 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.

22. Enfin, il convient de noter que la Cour a parfois été amenée à examiner indirectement des questions de DIH dans le contexte d'affaires relatives à la compatibilité d'une condamnation pénale pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité – pouvant résulter de violations graves du droit international humanitaire — avec l'article 7 CEDH et le principe du *nullum crime sine lege*.⁶

3. Défis et solutions possibles

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

24. 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 nécessitent d'être prises très rapidement et parfois sur la base d'informations limitées, occasionnellement par les soldats eux-mêmes, dans le contexte de violences en cours, qu'elles soient réelles ou qu'il s'agisse de menaces. En ce sens, le DIH est indéniablement une *lex specialis* qui a été conçue spécifiquement pour être appliquée dans des situations de conflit afin de respecter ses principes fondamentaux sous-jacents.

25. L'arrêt *Hassan* offre 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.

26. L'adoption d'une solution similaire en ce qui concerne les CANI peut être envisageable mais elle soulève des questions complexes. Une première difficulté provient des circonstances très différentes dans lesquelles des CANI peuvent survenir. Il peut y avoir des questions préliminaires sur l'existence de CANI, par exemple, les États peuvent être réticents à caractériser une situation sur leur propre territoire comme un CANI. D'autres enjeux peuvent survenir lorsque les forces d'une Partie contractante à la CEDH sont impliquées de manière extraterritoriale dans un conflit armé non-international. Déterminer le contenu de certaines règles relatives aux CANI, qui sont encore largement dérivées du droit international coutumier, peut constituer une autre difficulté. Il convient toutefois de noter que les États sont en tout état de cause liés au moins par les principes fondamentaux du DIH (nécessité, humanité, précaution et proportionnalité) et qu'ils devraient s'appuyer sur un cadre clair pour éviter l'arbitraire. Toute interprétation « accommodante » ou « harmonieuse » des obligations relevant du DIH et des droits de l'homme supposerait l'existence de ce socle minimal de droits.

⁶ Voir les arrêts dans les affaires *Vasiliauskas c. Lituanie* [GC], no. 35343/05, CEDH 2015; *Maktouf et Damjanović c. Bosnie-Herzégovine* [GC], nos. 2312/08 et 34179/08, §§ 55 et 74, CEDH 2013; *Kononov c. Lettonie* [GC], no. 36376/04, §§ 200 ss., CEDH 2010; et *Korbely c. Hongrie* [GC], no. 9174/02, §§ 86 ss., CEDH 2008.

27. 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 15.⁷

28. Cependant, comme le relève l'arrêt *Hassan*, les États n'y ont pas dérogé dans le cadre des CAI dans lesquelles ils se sont impliqués de manière extraterritoriale et, compte tenu de l'approche dans cet arrêt, la nécessité de déroger doit être pesée avec soin.⁸ Il est concevable qu'il puisse y avoir des cas où une dérogation peut fournir une voie appropriée dans une situation de conflit extraterritorial. Des questions peuvent se poser quant à l'applicabilité de l'article 15, mais dans la mesure où la Convention est applicable de manière extraterritoriale, il semblerait logique que l'article 15 soit également applicable. Toute dérogation 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.

29. 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 conventionnelles applicables, étant donnée la notion de « division et d'adaptation » des droits de la Convention dans les situations d'application extraterritoriale. Même lorsqu'une dérogation est admise au regard de l'article 15, l'étendue des dérogations n'est pas très claire. Ainsi, par exemple, une dérogation à l'article 2 est autorisée pour les décès résultant d'actes de guerre licites. Toutefois, en ce qui concerne le champ d'application des obligations procédurales en vertu de l'article 2 de la CEDH, il n'est pas explicite jusqu'à à quel point celles-ci s'appliqueraient.

30. 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 la contribution globale de cette disposition à créer une plus grande sécurité juridique.

⁷ Selon l'opinion partiellement dissidente du juge Spano, à laquelle se rallient les juges Nicolaou, Bianku et Kalaydjieva dans *Hassan*, il s'agit de la seule solution possible au regard de la Convention. A la différence de l'approche de la majorité, cherchant à aborder les dispositions légales apparemment contradictoires par une interprétation « harmonieuse », ils ont fait valoir que la seule manière pour un État de concilier ses obligations en vertu de l'article 5 de la CEDH avec l'exercice des pouvoirs de contrôle du DIH en vertu des troisième et quatrième Conventions de Genève, devait constituer une dérogation valable au titre de l'article 15. Il est également intéressant de noter que le Comité des droits de l'homme, dans son Observation générale n° 35, semble accepter la possibilité que des États dérogent au droit à la liberté dans des situations de conflit dans certaines conditions, y compris des situations de conflit hors de leur propre territoire dans lequel ils sont engagés (voir § 65).

⁸ Dans la pratique, les États ne semblent pas déroger dans des situations de CANI extraterritoriales.