

COMMENTAIRES ET OPINIONS

L'arrêt *Al-Jedda* de la Cour européenne des droits de l'homme et le droit international humanitaire

Jelena Pejic*

Jelena Pejic est conseillère juridique à la Division juridique du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) à Genève.

Résumé

L'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Al-Jedda portait sur la licéité des pratiques de détention du Royaume-Uni en Irak au regard de la Convention européenne des droits de l'homme. On peut cependant considérer que cette décision de la Cour risque d'avoir des incidences plus larges sur la capacité des États parties à la Convention de mener des opérations de détention en situation de conflit armé. Cet article analyse ce que la Cour a dit, et aussi ce qu'elle n'a pas dit, au sujet de l'application du droit international humanitaire.

: : : : : :

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a rendu en juillet 2011 contre le Royaume-Uni deux arrêts très importants et attendus, concernant le comportement des forces britanniques pendant le conflit armé en Irak et

* Les opinions exprimées dans cet article sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement le point de vue du CICR.

La version originale en anglais a été publiée sous le titre « The European Court of Human Rights's *Al-Jedda* judgment: the oversight of international humanitarian law », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, N° 883, septembre 2011, pp. 837-851.

l'occupation de ce pays¹. Le premier – et le plus remarqué – est l'arrêt *Al-Skeini*², dans lequel la Cour, pour l'essentiel, clarifiait et révisait sa position sur l'application extraterritoriale de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Le second – celui qui a été rendu dans l'affaire *Al-Jedda*³ – a moins retenu l'attention, bien que ses conséquences juridiques et pratiques soient tout aussi importantes. Le présent article a pour but de mettre en lumière certaines ramifications de l'affaire *Al-Jedda* qui n'ont pas été commentées jusqu'ici, en particulier ses incidences sur les opérations de détention menées à l'étranger par les États parties à la Convention. Comme nous le montrerons, l'approche et l'interprétation du droit international humanitaire (DIH) adoptées par la Cour ne sont pas totalement conformes à l'esprit ou à la lettre de ce corps de règles.

Exposé des faits

La requête avait été introduite par M. Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda, qui possède la double nationalité irakienne et britannique. Le requérant avait été interné pour des raisons impérieuses de sécurité par les forces britanniques au Centre de détention temporaire divisionnaire de Cha'aïbah, à Bassorah, du mois d'octobre 2004 au mois de décembre 2007. Les autorités britanniques le soupçonnaient d'avoir :

personnellement recruté des terroristes hors d'Irak en vue de commettre des atrocités dans ce pays; facilité le voyage jusqu'en Irak d'un terroriste identifié, expert en explosifs; conspiré avec lui à des attentats à la bombe artisanale contre les forces de la coalition dans les secteurs autour de Falloudjah et de Bagdad; et conspiré avec le même expert en explosifs et des membres d'une cellule terroriste islamiste dans le Golfe persique à introduire en contrebande en Irak du matériel de détonation de pointe pour l'utiliser dans des attentats contre les forces de la coalition⁴.

L'internement d'Al-Jedda fit l'objet d'une procédure de réexamen menée par les forces britanniques et à laquelle participèrent aussi par la suite des représentants de l'Irak. La Cour décrit ainsi cette procédure :

1. Initialement autorisé par l'officier responsable du centre de détention, l'internement fut réexaminé sept jours, puis vingt-huit jours plus tard par le Comité divisionnaire de réexamen des mesures d'internement (*Divisional Internment Review Committee*, « le DIRC »), qui avait pour membres l'officier responsable du centre de détention, ainsi que des militaires et des

1 Les deux affaires ont été jugées par la Grande Chambre de la Cour, et rendues à la quasi-unanimité.

2 Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), *Al-Skeini c. Royaume-Uni*, requête N° 55721/07, 7 juillet 2011.

3 CEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, requête N° 27021/08, 7 juillet 2011.

4 *Ibid.*, para. 11.

- juristes de l'armée. Vu le caractère secret des renseignements sur lesquels l'arrestation et la détention du requérant avaient été fondées, seuls deux membres du DIRC furent autorisés à les consulter. Leurs recommandations furent communiquées au commandant de la division multinationale du sud-est de la coalition (« le commandant »), qui lui-même lut le dossier confidentiel de l'intéressé et décida son maintien en internement. Entre janvier et juillet 2005, le commandant réexamina chaque mois cette mesure sur la base des recommandations du DIRC. Entre juillet 2005 et décembre 2007, le requérant fut maintenu en internement sur la base d'une décision du DIRC lui-même, qui était composé pendant cette période du commandant ainsi que de membres du service juridique de l'armée, du renseignement et d'autres services. Aucune procédure n'était prévue concernant la communication des éléments du dossier et la tenue d'un procès oral, mais l'interné pouvait adresser des protestations par écrit, qui étaient analysées par le service juridique puis transmises au DIRC pour délibération. Les deux commandants qui avaient autorisé l'internement de l'intéressé en 2005 et 2006 témoignèrent devant les juridictions britanniques que bon nombre de documents du renseignement indiquaient qu'il y avait des motifs légitimes de soupçonner le requérant des faits retenus contre lui.
2. Passé dix-huit mois, l'internement du requérant devait être réexaminé par la Commission paritaire de détention (*Joint Detention Committee*, « la JDC »). La JDC avait pour membres de hauts représentants de la force multinationale et du gouvernement intérimaire, ainsi que l'ambassadeur du Royaume-Uni. Après s'être réunie une fois, elle avait délégué ses pouvoirs à une Commission paritaire de réexamen des détentions (*Joint Detention Review Committee*), composée de représentants irakiens et d'officiers de la force multinationale⁵.

Al-Jedda fut remis en liberté le 30 décembre 2007. Il introduisit un recours contre un arrêté le privant de sa nationalité britannique, dont il fut débouté en 2009. La Commission spéciale des recours en matière d'immigration considéra – pour des motifs exposés en détail dans une décision confidentielle – que, selon le critère de la plus forte probabilité, le ministre [de la Défense] avait prouvé que Al-Jedda avait facilité le voyage jusqu'en Irak d'un terroriste expert en explosifs et avait organisé, en conspiration avec lui, le passage en contrebande d'explosifs dans ce pays, ainsi que des attaques à la bombe artisanale contre les forces de coalition autour de Falloudjah et de Bagdad⁶. Al-Jedda ne forma pas de recours contre cette décision.

La procédure juridique et la décision de la Grande Chambre

Dans sa requête à la CEDH, Al-Jedda se plaignait d'avoir été détenu en Irak par des soldats britanniques en violation de l'article 5(1) de la CEDH. Cette

5 *Ibid.*, paras 12 et 13.

6 *Ibid.*, para. 15.

disposition garantit le droit des personnes à la liberté et à la sûreté et énumère limitativement six motifs pour lesquels une personne peut légalement être privée de sa liberté⁷. Il va sans dire que la détention ou l'internement pour des raisons impérieuses de sécurité, motif par excellence de détention en temps de guerre, ne figure pas dans cette liste. On relèvera qu'*Al-Jedda* n'a pas allégué de violation de l'article 5(4) de la Convention européenne pour absence de contrôle juridictionnel de sa détention, puisqu'une procédure sur cette question était encore pendante devant les tribunaux britanniques lors de l'introduction de sa requête.

Nous ne nous attarderons pas ici sur la procédure britannique et noterons simplement que, pour des motifs différents, les trois juridictions ayant examiné l'affaire – dont la Chambre des lords en dernier lieu – ont tranché en faveur du gouvernement. Dans ses conclusions devant la CEDH, le Royaume-Uni a développé deux arguments : premièrement, que l'internement était imputable à l'ONU et non pas au Royaume-Uni, et que *Al-Jedda* ne relevait donc pas de la juridiction de ce pays au sens de l'article 1^{er} de la Convention ; deuxièmement, et à titre subsidiaire, que cette mesure avait été prise sur la base de la résolution 1546 du Conseil de sécurité des Nations Unies, laquelle imposait au Royaume-Uni une obligation d'incarcérer l'intéressé et primait, en vertu de l'article 103 de la Charte des Nations Unies, sur les obligations découlant de la CEDH⁸.

La CEDH, comme la Chambre des lords avant elle, a rejeté le premier argument. Après avoir examiné notamment les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité autorisant la constitution de la force multinationale dont faisait partie le Royaume-Uni, elle a conclu que la détention de *Al-Jedda* ne pouvait être imputée à l'ONU : le Conseil de sécurité n'exerçait ni un contrôle effectif, ni l'autorité et le contrôle ultimes sur les actions et omissions des soldats de la force multinationale, et l'internement du requérant n'était dès lors pas imputable à l'ONU⁹.

Le second argument du gouvernement britannique était essentiellement que les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité autorisaient la force multinationale à prendre « toutes les mesures nécessaires » pour contribuer au main-

7 L'article 5(1) de la Convention stipule que : « 1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ; b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ; c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ; d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ; e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ; f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours ».

8 *Al-Jedda*, *op. cit.*, note 3, para. 60.

9 *Ibid.*, para. 84.

tien de la sécurité et de la stabilité en Irak, et que ces mesures incluaient l'usage de la détention préventive « si nécessaire pour des raisons impérieuses de sécurité ». L'internement n'était pas mentionné dans le texte proprement dit de la résolution 1546 du Conseil de sécurité¹⁰, mais dans des lettres échangées entre le premier ministre irakien et le secrétaire d'État américain, qui étaient annexées à cette résolution et considérées en faire partie intégrante. Selon le gouvernement, les obligations découlant pour le Royaume-Uni de l'article 5 de la CEDH avaient été écartées par le régime juridique établi par la résolution 1546, en application des articles 25 et 103 de la Charte des Nations Unies en vertu desquels, en cas de conflit d'obligations, celles qui sont imposées aux États par la Charte prévalent sur celles qui résultent de tout autre accord international. Le gouvernement soutenait, en se fondant sur la pratique et sur la doctrine dominante, que l'article 103 ne s'applique pas uniquement aux résolutions du Conseil de sécurité *obligeant* les États à agir d'une certaine façon, mais aussi aux décisions les *autorisant* à le faire (comme la résolution 1546 et les lettres annexées).

La Cour ne s'est pas expressément prononcée sur ce point, mais elle l'a évoqué indirectement en déclarant que la « question essentielle » était de savoir « si la résolution 1546 obligeait le Royaume-Uni à interner le requérant »¹¹. La Cour a considéré que, pour interpréter une résolution du Conseil de sécurité, il faut « présumer » que celui-ci n'entend pas imposer aux États membres « une quelconque obligation » portant atteinte aux droits de l'homme fondamentaux et que, en cas d'ambiguïté dans le libellé d'une résolution, il faut retenir l'interprétation qui cadre le mieux avec la Convention européenne¹². Elle a ajouté que, vu l'importance du rôle que jouent les Nations Unies dans le développement et la défense du respect des droits de l'homme, le Conseil de sécurité est « censé employer un langage clair et explicite s'il veut que les États prennent des mesures particulières susceptibles d'entrer en conflit avec leurs obligations découlant des règles internationales de protection des droits de l'homme ». N'admettant pas la validité juridique des lettres annexées à cette résolution dont il est question plus haut, elle a conclu que, en raison de l'ambiguïté de la résolution 1546¹³, il était impossible de considérer que le Conseil de sécurité entendait obliger la force multinationale à procéder à des internements en violation de la Convention européenne ou d'autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme.

La partie de l'arrêt *Al-Jedda* qui nous intéresse le plus directement ici est celle que la Cour consacre à l'examen du droit international humanitaire. Son analyse est d'autant plus importante qu'elle constitue, semble-t-il, une

10 Résolution S/RES/1546 (2004) du Conseil de sécurité, 8 juin 2004.

11 *Al-Jedda, op. cit.*, note 3, para. 101.

12 *Ibid.*, para. 102.

13 « Un accord de ce type ne saurait toutefois primer les obligations contraignantes découlant de la Convention. À cet égard, la Cour rappelle sa jurisprudence selon laquelle un État contractant demeure responsable au regard de la Convention à raison des engagements pris par lui en vertu de traités et autres accords postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention », Arrêt *Al-Jedda, op. cit.*, note 3, para. 108.

première en matière d'interprétation directe par la Cour d'instruments spécifiques du DIH, en particulier de la Quatrième Convention de Genève (CG IV) dont certains articles sont intégralement cités dans la section de l'arrêt concernant le droit applicable¹⁴.

Le paragraphe de l'arrêt consacré au DIH est reproduit *in extenso* ci-après¹⁵ :

107. La Cour a déjà examiné si, en l'absence de disposition expresse dans la Résolution 1546, la détention du requérant *pouvait reposer sur une quelconque autre base légale propre à faire échec aux exigences de l'article 5 § 1*. Le gouvernement soutient que, par l'effet des autorisations données aux paragraphes 9 et 10 de la Résolution 1546, la force multinationale avait continué d'exercer les « pouvoirs, responsabilités et obligations spécifiques » qu'en leur qualité de puissances occupantes les États-Unis et le Royaume-Uni avaient précédemment assumés en vertu du droit [international humanitaire] et que ces obligations comprenaient celle de recourir à l'internement si nécessaire pour protéger les habitants du territoire occupé des actes de violence. Cette thèse peut trouver appui dans les constats du juge interne... La Cour relève à cet égard que le paragraphe 2 de la résolution indiquait clairement que l'occupation devait cesser au plus tard le 30 juin 2004. Cependant, quand bien même la résolution aurait eu pour effet de maintenir, après le transfert des pouvoirs de l'Autorité provisoire de la coalition au gouvernement intérimaire, le régime découlant du droit [international humanitaire] qui s'appliquait auparavant, *il n'est pas établi, aux yeux de la Cour, que le droit [international humanitaire] fasse peser sur les puissances occupantes une obligation de recourir à l'internement sans limitation de durée ni procès*. L'article 43 du règlement de La Haye impose à l'occupant de prendre « toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays »... Certes, dans son arrêt rendu en l'affaire des Activités armées sur le territoire du Congo, la CIJ a vu dans cette disposition une obligation de protéger les habitants du territoire occupé contre les actes de violence, y compris par une tierce partie, mais elle n'en a pas conclu pour autant que la puissance occupante était tenue de recourir à l'internement. Elle a d'ailleurs jugé aussi dans cette affaire que, en sa qualité de puissance occupante, l'Ouganda avait l'obligation de veiller au respect des règles applicables du droit international relatif aux droits de l'homme, y compris celles découlant du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dont il était signataire... *Il semble par ailleurs ressortir des dispositions de la Quatrième Convention de Genève telles qu'analysées par la Cour que, d'après le droit [international humanitaire], l'internement doit être consi-*

14 Voir CG IV, articles 27, 41 à 43 et 78, cités dans les paragraphes 42 à 44 de l'arrêt, intitulés: « Règles pertinentes du droit [international humanitaire] ».

15 Nous n'avons supprimé que les renvois à d'autres paragraphes de l'arrêt.

*déré non pas comme une mesure que la puissance occupante serait tenue de prendre mais comme une action de dernier ressort*¹⁶.

La conclusion à laquelle la Cour est parvenue en l'espèce, en suivant le raisonnement qui vient d'être exposé, était qu'il n'existait pas de conflit entre les obligations découlant pour le Royaume-Uni de la Charte des Nations Unies et les obligations découlant pour lui de la CEDH. La Cour a jugé que la détention d'Al-Jedda était constitutive d'une violation de l'article 5(1), de la Convention européenne, les dispositions de cet article n'ayant pas été écartées et aucun des motifs de détention limitativement énumérés dans cet article ne trouvant à s'appliquer.

Les incidences de la jurisprudence *Al-Jedda* sur le droit international humanitaire

On peut déduire de ce qui précède que l'une des principales conséquences de la décision de la Cour est que les États parties à la CEDH devront à l'avenir veiller à ce que toute résolution adoptée par le Conseil de sécurité, au titre du chapitre VII de la Charte et contenant des dispositions sur la détention ou l'internement, soit rédigée en langage « clair et explicite », de manière à éviter tout conflit avec la Convention. La Cour n'a pas précisé quel degré de détail était souhaitable. On peut supposer qu'une telle résolution devrait à la fois préciser les motifs de mise en détention et indiquer la procédure qui devra être suivie. Indépendamment de la question de savoir si le Conseil de sécurité pourrait parvenir à un accord politique sur les critères à retenir, on peut surtout se demander s'il est bien l'organe compétent pour légiférer sur les questions de détention, tâche que la Cour lui confie implicitement. On voit mal pourquoi le Conseil de sécurité, composé de 15 États membres, serait mieux placé pour régler la question de la détention en période de conflit armé que les 194 États parties aux Conventions de Genève qui, tous, ont déjà accepté d'être liés par les dispositions des conventions concernant la détention.

Si le Conseil de sécurité se fondait sur les dispositions pertinentes des Conventions de Genève de 1949, cela conduirait essentiellement à une répétition, dont la nécessité ne saute pas aux yeux. Si, au contraire, le Conseil de sécurité décidait de rédiger de nouvelles règles concernant la détention en situation de conflit armé, c'est-à-dire des dispositions s'écarterant du DIH, cela introduirait une incertitude regrettable dans la conduite des opérations militaires, en créant en pratique deux séries distinctes de règles pour les États participant à une force multinationale, selon qu'ils opèrent ou non sous les auspices des Nations Unies : ainsi, une série de règles s'appliquerait vraisemblablement aux cas dans lesquels la détention serait réglementée par une résolution obligatoire du Conseil de sécurité, l'autre série s'appliquant aux situations de conflit armé dans lesquelles

16 *Al-Jedda*, *op. cit.*, note 3, para. 107 (les italiques sont de nous).

le Conseil ne se serait pas prononcé sur la détention dans le cadre du chapitre VII. La fragmentation du droit qui en résulterait serait très inquiétante, tant du point de vue juridique que du point de vue de la protection¹⁷.

La seconde conséquence de la conclusion adoptée par la Cour dans l'arrêt *Al-Jedda* est d'écarter la Quatrième Convention de Genève en tant que base légale « propre à faire échec » aux exigences de l'article 5(1) de la Convention¹⁸. La Cour s'en est expliquée en disant qu'il « n'[était] pas établi, [à ses] yeux..., que le droit humanitaire fasse peser sur les puissances occupantes une obligation de recourir à l'internement sans limitation de durée ni procès »¹⁹, ajoutant qu'« il sembl[ait]... ressortir des dispositions de la [Q]uatrième Convention de Genève... que, d'après le droit [international humanitaire], l'internement doit être considéré non pas comme une mesure que la puissance occupante serait tenue de prendre mais comme une action de dernier ressort »²⁰. Entre ces deux énonciations, la Cour s'est brièvement référée à l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice (CIJ) en l'affaire *République démocratique du Congo c. Ouganda*²¹.

Tous ces points vont être examinés tour à tour ci-dessous. Mais d'abord un bref rappel des dispositions pertinentes du DIH relatives à la détention et à l'internement s'impose. Nous allons résumer les dispositions de la Quatrième Convention de Genève sur la protection des civils et celles de la Troisième Convention de Genève (CG III) sur les prisonniers de guerre, étant donné que les motifs que la Cour a invoqués pour refuser de reconnaître le DIH comme base légale de l'internement s'appliqueraient de la même manière dans le cadre des deux conventions. Si l'on suit le raisonnement de la Cour, il semble indifférent que *Al-Jedda* ait été détenu en tant que civil (ce qui était le cas) ou en tant que prisonnier de guerre.

Dans un conflit armé international, le DIH autorise l'internement des prisonniers de guerre et, dans certaines conditions, celui des civils.

17 Il faut aussi noter que, dans l'arrêt *Al-Jedda*, la Cour a seulement décidé que l'article pertinent de la CEDH n'était pas écarté par la résolution 1546 du Conseil de sécurité des Nations Unies parce que le libellé de celle-ci n'était pas suffisamment clair et précis. La Cour ne s'est pas prononcée sur le point de savoir si les dispositions de la résolution auraient pu primer sur celles de la Convention si cette condition avait été remplie, ce qui n'est pas du tout sûr. Comme il a déjà été indiqué, la Cour ne s'est pas non plus expressément prononcée sur le point de savoir si l'article 103 de la Charte des Nations Unies ne trouve à s'appliquer que lorsque les *obligations* d'un État découlant d'un autre instrument international sont en conflit avec ses obligations découlant de la Charte (autrement dit une résolution adoptée au titre du chapitre VII), ou si son application s'étend aussi aux *autorisations*. Voir Marko Milanovic, « *Al-Skeini* and *Al-Jedda* in Strasbourg », dans *European Journal of International Law*, Vol. 23, 2012, disponible sur : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1917395 (dernière consultation le 23 janvier 2012).

18 *Al-Jedda*, *op. cit.*, note 3, para. 107. Bien qu'*Al-Jedda* ait en fait été interné alors que le conflit armé en Irak n'avait pas un caractère international, le régime juridique appliqué à sa détention par le Royaume-Uni en conséquence de la résolution 1546 du Conseil de sécurité des Nations Unies était celui que prescrit la Quatrième Convention de Genève, ce que la Cour n'a pas contesté dans le paragraphe 107.

19 *Ibid.*

20 *Ibid.*

21 *Ibid.*

Internement des prisonniers de guerre

Les prisonniers de guerre²² sont essentiellement des combattants tombés aux mains de l'adversaire dans un conflit armé international. Dans son sens strictement juridique, le terme « combattant » implique un statut que l'on ne rencontre que dans ce type de conflit. Selon les principes du DIH régissant la conduite des hostilités, ont la qualité de combattants les membres des forces armées d'une partie à un conflit armé international qui ont « le droit de participer directement aux hostilités »²³. Cela signifie qu'ils peuvent user de la force contre d'autres personnes participant directement aux hostilités, c'est-à-dire les prendre pour cibles pour les blesser ou les tuer, et détruire d'autres objectifs militaires ennemis. Cette activité étant de toute évidence préjudiciable à la sécurité de la partie adverse, la Troisième Convention de Genève dispose que l'État détenteur « pourra soumettre les prisonniers de guerre à l'internement »²⁴. L'État en question n'est pas tenu à une obligation de contrôle, juridictionnel ou autre, de la licéité de l'internement des prisonniers de guerre pendant toute la durée des hostilités actives, puisque le statut de combattant ennemi implique qu'une personne constitue *ipso facto* une menace pour la sécurité²⁵. Cependant, un prisonnier de guerre ne peut pas être poursuivi par la puissance détentrice pour des actes licites de violence commis au cours des hostilités (« privilège du combattant »), il ne peut l'être que pour des violations du DIH, en particulier des crimes de guerre ou autres crimes de droit international tels que le génocide ou les crimes contre l'humanité.

En cas de doute sur la qualité de prisonnier de guerre d'un belligérant capturé par l'adversaire, l'article 5 de la Troisième Convention de Genève dispose que l'intéressé bénéficiera de la protection de la Convention en attendant que son statut ait été déterminé par un tribunal compétent²⁶. On se méprend souvent sur le sens de cette disposition en y voyant l'exigence d'un contrôle juridictionnel. Cela n'est pas le cas, puisque les tribunaux visés par l'article 5 sont censés se trouver dans la zone de combat ou à proximité : ils peuvent seulement déterminer le statut, et non pas se prononcer sur la responsabilité pénale ou autre²⁷.

L'internement des prisonniers de guerre doit prendre fin et les prisonniers être libérés à la cessation des hostilités actives²⁸, sauf s'ils sont sous le

22 CG III, art. 4.

23 Protocole additionnel I (PA I), art. 43(2).

24 CG III, art. 21.

25 Il serait possible de réclamer le contrôle juridictionnel prévu par le droit interne de la puissance détentrice pour obtenir la libération d'un prisonnier de guerre maintenu en détention après la fin des hostilités actives, ce qui, comme on le verra en détail ci-dessous, constitue une violation grave du DIH.

26 CG III, art. 5.

27 Voir le commentaire de l'article 45(1) du PA I sur la nature des « tribunaux compétents » au sens de CG III, art. 5, dans Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (dir. pub.), *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR/Martinus Nijhoff, Genève, 1986, para. 1745.

28 CG III, art. 118.

coup d'une poursuite pénale ou s'ils ont été condamnés pour un crime ou délit de droit pénal²⁹. Ils peuvent également être libérés plus tôt pour raisons médicales³⁰ ou sur parole³¹. Tout retard injustifié dans le rapatriement des prisonniers de guerre après la cessation des hostilités actives constitue une violation grave du Protocole additionnel I³².

Internement des civils

Aux termes de la Quatrième Convention de Genève, l'internement – et la mise en résidence forcée – sont les « mesures de contrôle³³ » les plus sévères auxquelles peut recourir un État à l'égard des civils dont l'activité est jugée constituer une menace sérieuse pour sa sécurité. Il ne fait aucun doute que la participation directe des civils aux hostilités relève de cette catégorie. Bien que seuls les combattants soient expressément autorisés par le DIH à participer directement aux hostilités³⁴, la réalité est que les civils y participent souvent aussi, tant dans les conflits armés non internationaux que dans les conflits internationaux (ils sont alors familièrement dénommés « belligérants non privilégiés » ou, de manière erronée, « combattants illicites »). La participation directe des civils aux hostilités modifie les règles de base du DIH selon lesquelles les civils ont le droit d'être protégés contre les dangers résultant d'opérations militaires³⁵ et ne doivent pas être l'objet d'attaques³⁶. Le DIH prévoit expressément que les personnes civiles sont protégées des attaques directes, « sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation »³⁷.

Outre la participation directe aux hostilités, d'autres comportements des civils peuvent également constituer une menace sérieuse pour la sécurité de la puissance détentrice (les activités présumées d'Al-Jedda en sont un exemple)³⁸. La Quatrième Convention de Genève énonce en termes différents les motifs pour lesquels l'internement peut être ordonné selon que l'intéressé est détenu sur le propre territoire de l'État partie (« si la sécurité de la Puissance au pouvoir de laquelle ces personnes se trouvent le rend absolument néces-

29 *Ibid.*, art. 119.

30 *Ibid.*, art. 109(1) et 110.

31 *Ibid.*, art. 21.

32 PA I, art. 85(4)(b).

33 CG IV, art. 27, 41 et 78.

34 La seule exception concerne le cas relativement rare d'une levée en masse, prévu dans la CG III, art. 4(6).

35 PA I, art. 51(1). 1. Étant donné les conséquences de la participation directe des civils aux hostilités, il est de toute évidence crucial de se garder des interprétations larges. Le point de vue du CICR sur la question est exposé dans Nils Melzer, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, CICR, Genève, 2009, disponible sur : http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0990.pdf.

36 PA I, art. 51(2).

37 *Ibid.*, art. 51(3); et PA II, art. 13(3).

38 Comme exemples d'activités qui, sans constituer une participation directe aux hostilités, représenteraient néanmoins une menace sérieuse pour la sécurité, on peut citer le financement d'opérations de combat, l'enrôlement de combattants, etc.

saire »³⁹) ou en territoire occupé (« pour d'impérieuses raisons de sécurité »⁴⁰). Il a été avancé que la différence de formulation est sans importance et tend seulement à indiquer que l'internement dans les territoires occupés devra dans la pratique être plus exceptionnel que l'internement sur le territoire des parties au conflit⁴¹.

La procédure de réexamen des décisions d'internement sur le territoire d'un État partie semble également différer quelque peu de celle qui est suivie dans un territoire occupé. Sur le territoire de l'État, la décision doit être reconsidérée par « un tribunal ou un collège administratif compétent⁴² » tandis que, dans les territoires occupés, la Convention prévoit « une procédure régulière » qui devra être administrée par un « organisme compétent⁴³ ». En dépit de ces quelques différences de formulation, les règles sont en essence identiques. Une personne internée dans un conflit armé international a le droit de demander le réexamen de la décision d'internement (de la contester), la décision devra être reconsidérée dans le plus bref délai⁴⁴ soit par un tribunal, soit par un collège administratif, et elle devra faire l'objet par la suite d'un réexamen systématique, tous les six mois au moins⁴⁵. La Quatrième Convention n'énonce pas le droit à l'assistance judiciaire, mais elle ne l'interdit pas non plus.

Certains se sont demandé pourquoi le DIH prévoit des garanties de procédure pour les civils internés au cours de conflits armés internationaux, mais pas pour les prisonniers de guerre⁴⁶. La réponse est simple : la menace que représente un prisonnier est bien moindre lorsqu'il s'agit d'un civil que lorsqu'il s'agit d'un combattant qui, après tout, fait partie de l'armée de l'adversaire. Dans les conflits armés contemporains, par exemple, les civils sont moins souvent arrêtés au combat que sur la base d'informations fournies par les services de renseignement indiquant qu'ils représentent une menace pour la sécurité. La procédure de réexamen a pour but de déterminer si ces informations sont fiables et si l'activité de l'intéressé remplit les conditions juridiques strictes exigées pour l'internement.

À la différence des combattants, que l'État détenteur ne peut poursuivre pour leur participation directe aux hostilités (privilège du combattant), les civils qui ont pris les armes peuvent être poursuivis pour tous les actes de violence commis au cours de leur participation aux hostilités, ainsi que pour les crimes de guerre ou autres crimes relevant du droit international qui auront été commis. Cette règle s'applique de la même manière, que le conflit armé ait

39 CG IV, art. 42(1).

40 *Ibid.*, art. 78(1).

41 Jean Pictet (dir. pub.), *Quatrième Convention de Genève, Commentaire*, CICR, Genève, 1958, p. 393.

42 CG IV, art. 43(1).

43 *Ibid.*, art. 78(2).

44 *Ibid.*, art. 41 et 78.

45 J. Pictet, *op. cit.*, note 41, p. 394.

46 Voir Charles Garraway, « 'Combatants': substance or semantics? », dans Michael Schmitt et Jelena Pejic (dir. pub.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines*, Martinus Nijhoff, Leyde, 2007, p. 330.

un caractère international ou non. Contrairement à certaines affirmations⁴⁷, la participation directe des civils n'est pas une violation du DIH et elle ne constitue pas en soi un crime de guerre en DIH conventionnel ou coutumier⁴⁸.

L'internement des civils doit prendre fin dès que les causes qui l'ont motivé n'existent plus⁴⁹. Il doit en tout cas prendre fin « le plus rapidement possible après la fin des hostilités⁵⁰ ». Tout retard injustifié dans le rapatriement des civils constitue également une infraction grave du Protocole additionnel I⁵¹.

La conclusion à laquelle la CEDH est parvenue implicitement, dans l'affaire *Al-Jedda*, au sujet du DIH était que les dispositions de la Quatrième Convention de Genève ne constituaient pas une base légale autonome de la détention. Le raisonnement qui l'a amenée à cette conclusion ne ressort pas clairement de l'arrêt puisque, en application du principe de légalité, la privation de liberté peut être autorisée pour les raisons et conformément aux procédures établies par le droit (par la loi en droit interne⁵², par un traité ou par le droit coutumier en DIH). Comme nous l'avons expliqué plus haut, la Quatrième Convention de Genève énonce les motifs d'internement des civils, sur le territoire de l'État partie et dans un territoire occupé, en établissant la procédure à suivre dans l'un et l'autre cas. Ces dispositions, lues conjointement avec l'article 75(3) du Protocole additionnel I, sont largement aussi détaillées que les dispositions du droit général des droits de l'homme relatives à la détention de caractère non pénal, autrement dit les articles 9(1) et 9(4) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, que la Cour a également invoqués.

De plus, il est à peu près uniformément reconnu et accepté dans la pratique des États que le DIH régissant les conflits armés internationaux offre une base légale suffisante pour la détention. Certes, la doctrine est partagée sur le point de savoir si la Quatrième Convention de Genève doit s'accompagner d'une législation interne. On ne voit pas très bien pourquoi, lorsqu'elle est posée, cette question ne l'est qu'en ce qui concerne la Quatrième Convention, et pas la Troisième, puisque rien ne permet de penser qu'il y ait des différences entre ces deux instruments du point de vue des pouvoirs qu'ils confèrent ou du niveau de développement des droits qu'ils reconnaissent. À notre avis, la Quatrième Convention constitue en elle-même une base légale suffisante de l'internement.

La raison pour laquelle la Cour a considéré que la Quatrième Convention ne constitue pas une base légale de détention est qu'il ne pèse sur les puissances

47 Voir par exemple, Canada, Défense nationale, Manuel, *Le droit des conflits armés aux niveaux opérationnel et tactique*, BGJ005104/FP021, Bureau du juge-avocat général, 13 août 2001, chap. 16, para. 1609(3)(g), disponible sur : <http://www.forces.gc.ca/jag/publications/oplawloioip/loadcdca2004/chap16fra.asp> (dernière consultation le 25 janvier 2012).

48 Voir, par exemple, la liste des crimes de guerre figurant à l'article 8 du Statut de la Cour pénale internationale.

49 CG IV, art. 132; PA I, art. 75(3).

50 CG IV, art. 46 et 133(1).

51 PA I, art. 85(4)(b).

52 Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights*, 2^e éd., Engel, Kehl am Rhein, 2005, Commentaire de l'article 9, para. 27.

occupantes aucune « obligation de recourir à l'internement sans limitation de durée ni procès »⁵³. Il faut bien dire que l'approche et l'interprétation du DIH adoptées par la Cour méritent examen sur tous les points que la Cour fait valoir.

Premièrement, comme le démontre le libellé de la Quatrième Convention de Genève ainsi qu'on l'a vu plus haut, la notion d'internement en tant qu'*obligation* des parties à un conflit armé international est absente du droit international humanitaire. Aux termes de la Convention, les États ont la faculté d'interner (« pourront » interner) une personne dont l'activité représente un grave danger pour la sécurité de leurs forces armées ou celle des tiers, notamment les civils. Cependant, les parties à un conflit armé peuvent aussi choisir de ne pas interner une personne – en dépit d'un risque évident pour leur sécurité ou pour l'accomplissement de leur mission – sur la base d'autres considérations dont peut dépendre la victoire dans un conflit armé (la situation militaire du moment, les obstacles logistiques, la nécessité de développer la confiance, la nécessité de se concilier la population locale, etc.). La logique du conflit armé diffère à cet égard de la logique du temps de paix et c'est pourquoi les règles fixées par les instruments juridiques applicables à ces deux situations diffèrent aussi. C'est pourquoi il serait non seulement erroné d'un point de vue juridique, mais aussi contre-productif pour les opérations militaires, d'interpréter le DIH comme faisant obligation aux États de recourir à l'internement, et non comme les autorisant à le faire. En ne laissant aux États aucune possibilité hormis le recours à l'internement, on desservirait en outre l'intérêt des personnes qui devraient de ce fait être obligatoirement internées, mais qui, n'étant cette obligation juridique, pourraient être libérées – ce qui a pour conséquence une situation guère favorable aux droits de l'homme.

Deuxièmement, il est regrettable que la Cour européenne ait employé les mots « incarcérer sans limitation de durée ». Le fait qu'une partie de la doctrine, ainsi que les médias, aient repris récemment cette formule risque de faire croire que cette notion est acceptable, alors qu'elle ne l'est pas. Comme nous l'avons déjà dit, les règles du DIH relatives à la durée de l'internement pour raisons impérieuses de sécurité sont claires : l'internement doit prendre fin dès que les causes qui l'ont motivé cessent d'exister⁵⁴. Les procédures de réexamen initial et périodique décrites plus haut ont été prévues précisément parce qu'il n'est pas possible de présumer qu'une personne constituera automatiquement une menace pour la sécurité jusqu'à la fin du conflit armé. Il faut examiner chaque cas au fond, dans un premier temps puis périodiquement, afin d'évaluer si le niveau de risque présenté par l'intéressé reste le même. Vu la rapidité de l'évolution de la situation dans les conflits armés, cette évaluation peut se modifier – c'est d'ailleurs le cas la plupart du temps. La durée maximale de la détention, fixée dans tous les cas à la cessation des hostilités actives, correspond donc à ce que l'on pourrait appeler une règle « par défaut ». La cessation des hostilités est une question de fait qui doit également être tranchée au cas par cas.

53 *Al-Jedda, op. cit.*, note 3, para. 107.

54 CG IV, art. 132; PA I, art. 75(3).

Troisièmement, en suggérant que le procès pénal est la seule issue légale et souhaitable de la détention, la Cour ne tient pas compte du fait que les règles du DIH sur la détention diffèrent des dispositions relatives aux droits de l'homme, lesquelles érigent en norme le procès pénal. Le DIH est spécifique aux réalités qu'il régit, qui sont celles du conflit armé et non du temps de paix. Faut-il le rappeler, le but ultime des opérations militaires est de l'emporter sur les forces armées de l'adversaire. Le DIH s'efforce d'humaniser la guerre en imposant des règles applicables à la conduite des hostilités, et des règles autorisant la détention de personnes – soit parce qu'elles participent directement aux hostilités, soit en raison d'autres activités qui représentent un risque sérieux pour la sécurité. Si les États parties à un conflit sont autorisés à faire usage de la force – c'est-à-dire à prendre pour cibles et tuer des personnes qui constituent des objectifs militaires parce qu'elles prennent une part directe aux hostilités – alors ils sont évidemment autorisés aussi à mettre en détention des personnes qui tombent en leur pouvoir alors qu'elles se livrent à ces mêmes activités.

L'internement n'est pas conçu comme une sanction, mais comme une mesure visant à retirer du « champ de bataille » les combattants et autres personnes dont les activités constituent un danger grave pour la puissance détenrice, pendant tout le temps où ils représentent un risque pour la sécurité⁵⁵. L'idée d'un procès pénal pour des personnes qui n'ont fait que prendre les armes et infliger des violences à l'adversaire est étrangère à l'essence du DIH, parce que ces actes ne constituent pas en soi des crimes de guerre au regard de ce droit. C'est à la loi interne de l'État détenteur qu'il appartient de déterminer si les personnes qui ont été capturées (à l'exception des prisonniers de guerre qui bénéficient d'un statut privilégié, comme on l'a vu plus haut) doivent être poursuivies pour actes de belligérance. Dans la très grande majorité des conflits armés internationaux, les détenus, sauf s'ils sont jugés pour crimes de guerre, échappent aux poursuites internes et sont simplement remis en liberté lorsqu'ils cessent de constituer une menace pour la sécurité, et au plus tard à la cessation des hostilités. Dans ce contexte, aussi étrange que cela puisse paraître, l'internement peut en fait être préférable pour l'intéressé à une procédure pénale : sa détention sera vraisemblablement moins longue que s'il était jugé par une juridiction pénale pour les actes ayant conduit à son internement. La libération d'*Al-Jedda* le montre bien : s'il avait été jugé selon la loi britannique ou irakienne par un tribunal pénal, il serait peut-être encore en prison aujourd'hui.

L'autre argument exprès invoqué par la Cour européenne pour rejeter le DIH en tant que base légale de la privation de liberté d'*Al-Jedda* est que « l'internement doit être considéré non pas [comme une] obligation [pesant sur l'État qui procède à la détention, mais comme] une action de dernier ressort ». Le fait que le DIH n'impose pas l'obligation d'interner, ce qui aurait dû apparemment être le cas pour permettre à la Cour de conclure qu'*Al-Jedda* pouvait être détenu en vertu du DIH, a

55 L'internement n'étant pas assimilable à la détention préventive, les conditions d'internement, ainsi que d'autres aspects prévus par la Quatrième Convention de Genève, ne sont pas calqués sur les règles applicables à la détention pénale.

été commenté plus haut. Nous ajouterons deux brèves remarques sur la conclusion de la Cour selon laquelle l'internement doit être une mesure de dernier ressort.

La première remarque est que la Cour ne s'est pas appuyée sur le texte des dispositions du DIH, pour des raisons encore obscures. Les termes utilisés dans les articles de la Quatrième Convention de Genève sont différents⁵⁶ et ils n'ont pas ce sens particulier : ils disposent en fait que l'internement est la mesure de contrôle la plus « sévère » qu'un État puisse appliquer à l'égard d'une personne qui représente un risque sérieux pour la sécurité. À notre avis, l'expression « la plus sévère » n'impose pas une séquence chronologique – c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire d'avoir épuisé d'abord les autres possibilités. En outre, étant donné que ce critère ne relève pas de manière générale des règles ou de la jurisprudence relatives à la détention, mais se rapporte à l'usage de la force, on ne voit pas non plus pourquoi la Cour a décidé de l'invoquer s'agissant de la privation de liberté dans un conflit armé. La seconde remarque est que, ayant avancé ce critère, la Cour s'est néanmoins abstenue de se prononcer sur le point de savoir si, dans les circonstances de l'espèce, l'internement d'Al-Jedda aurait été justifié en tant que « mesure de dernier ressort ».

Enfin, en ce qui concerne les aspects de l'arrêt *Al-Jedda* liés au DIH, on observera que la manière dont la Cour européenne a invoqué l'arrêt *RDC c. Ouganda* de la CIJ est curieuse. En citant cette décision, la Cour européenne a voulu montrer que le DIH n'impose pas l'obligation d'interner (voir plus haut) et indiquer qu'une puissance occupante est tenue de veiller au respect des règles applicables du droit des droits de l'homme, y compris celles que consacre le Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁵⁷. Certes, c'est là un principe bien établi. Cependant, en dehors de cette affirmation générale sur l'application parallèle du DIH et du droit relatif aux droits de l'homme, la CIJ n'a rien dit dans l'affaire citée sur l'interaction spécifique de ces deux corps de règles, si bien qu'aucune conclusion ne peut en être tirée quant à la question de la détention en cause dans l'affaire *Al-Jedda*. En outre, la CIJ s'est expliquée plus en détail dans d'autres affaires, qui ne sont pas citées dans l'arrêt de la Cour européenne. Ainsi, dans son avis consultatif de 1996 sur les armes nucléaires, la CIJ a déclaré que c'est à la *lex specialis* applicable, autrement dit le DIH, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie dans un conflit armé⁵⁸. La CIJ étant parvenue à cette conclusion au sujet du droit à la vie, lequel est intangible en vertu du droit des droits de l'homme, il semble permis de tirer une conclusion identique au sujet d'un droit tangible comme le droit à la liberté⁵⁹.

56 CG IV, art. 41 et 78.

57 *Al-Jedda*, *op. cit.*, note 3, para. 107.

58 CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, 8 juillet 1996, CIJ Recueil 1996, para. 25.

59 Et dans son avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, la Cour a fait une déclaration de portée plus générale sur les interactions du droit des droits de l'homme et du DIH, répétant que le DIH constitue la *lex specialis* par rapport au droit des droits de l'homme qui constitue la loi générale : CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, 9 juillet 2004, CIJ Recueil 2004, p. 136, para. 106.

Selon l'arrêt *Al-Jedda*, pour que les États parties à la CEDH puissent procéder à l'internement lors d'un conflit armé sans violer de ce fait leurs obligations conventionnelles (à défaut d'une résolution du Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de la Charte), la seule autre option pour eux serait de prendre des mesures de dérogation licites au regard de l'article 15 de la Convention (curieusement, la Cour ne consacre à cette possibilité qu'une demi-phrase à peine⁶⁰). Aux termes de l'article 15, les États peuvent prendre, « [e]n cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation », des mesures dérogeant à certaines des obligations prévues par la Convention – y compris celles de l'article 5 – « dans la stricte mesure où la situation l'exige⁶¹ ».

Il n'est pas certain, cependant, qu'un État partie à la Convention puisse utilement invoquer l'article 15 en se fondant sur les termes de cette disposition : premièrement, le texte prévoit en effet que la guerre à laquelle l'État participe doit « menac[er] la vie de la nation ». Il ne semble pas que les conflits armés auxquels ont participé les États parties sur le territoire d'un État tiers – État « hôte » – ces dernières années puissent être considérés comme répondant à ce critère. Une deuxième question, qui recoupe la première, est celle de savoir lequel des deux pays devrait en fait prendre ces mesures de dérogation, l'État intervenant ou l'État « hôte » ? Dans les débats entre spécialistes, il a parfois été soutenu que ce serait au pays hôte de déroger aux obligations découlant des instruments de DIH auxquels il est partie⁶². Cependant, dans les cas où les personnes internées dans le cadre d'une opération militaire multinationale se trouvent sous le contrôle effectif d'un État partie intervenant, on voit mal comment des mesures de dérogation de la part du seul État « hôte » pourraient suffire.

Étant donné qu'aucun État partie n'a jamais pris de mesure de dérogation dans le cadre d'une action militaire à l'étranger, aucune de ces questions de droit n'a encore reçu de réponse dans la pratique. Cela ne s'explique sans doute pas seulement par des raisons juridiques, car il faut bien reconnaître que cela soulèverait vraisemblablement aussi des obstacles politiques considérables. Une autre solution consisterait pour les États à plaider, dans les affaires concernant la détention, le caractère de *lex specialis* du DIH régissant les conflits armés internationaux, ce que le gouvernement du Royaume-Uni n'a pas fait dans l'affaire *Al-Jedda*. Il faut espérer que cette approche, qui devrait être considérée comme préférable, sera adoptée à l'avenir.

Conclusion

On ne saurait trop souligner l'impact de l'arrêt *Al-Jedda* sur les détentions conduites à l'étranger par les États parties à la CEDH. L'arrêt de la Cour a en

60 *Al-Jedda*, *op. cit.*, note 3, para. 99.

61 CEDH, art. 15.

62 Voir *Report of expert meeting on procedural safeguards for security detention in non-international armed conflict*, Chatham House et CICR, Londres, 22-23 septembre 2008, disponible sur : <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/securitydetentionchathamicroreport091209.pdf> (dernière consultation le 23 janvier 2012).

fait établi que les États parties à la Convention ne peuvent pas interner des civils – même si la détention non pénale pour des raisons impérieuses de sécurité est nécessaire et même si elle est autorisée par le DIH dans les cas de conflit armé international – à moins que le Conseil de sécurité des Nations Unies leur en ait confié le mandat de façon contraignante et explicite, ou qu'ils aient adopté des mesures de dérogation en vertu de l'article 5 de la Convention. En suggérant qu'une résolution adoptée par le Conseil de sécurité, en vertu du chapitre VII, serait de nature à écarter l'application des dispositions de la CEDH relatives à la détention, la Cour a en fait invité le Conseil de sécurité à légiférer sur les questions de détention. On peut à ce sujet s'interroger sur la sagesse et l'applicabilité pratique de cette suggestion de la Cour.

La Cour a également rappelé aux États membres, très brièvement certes, que la dérogation peut être aussi pour eux une possibilité d'éviter un conflit d'obligations en cas d'opérations de détention à l'étranger. Il reste à voir si les États membres feront usage de cette faculté à l'avenir.

Ce que la Cour cependant n'a pas voulu admettre, c'est que le DIH constitue une base légale valide de détention dans un conflit armé international, au motif que la Quatrième Convention de Genève n'impose pas aux parties au conflit une obligation d'interner. En jugeant ainsi, la Cour ne semble pas avoir compris la logique du DIH et, à notre sens, elle a mal interprété le sens clair de ses dispositions. Autre élément important : la conclusion de la Cour sur les raisons qui font que la Quatrième Convention de Genève ne peut constituer une base légale d'internement des civils pourrait être lue comme applicable également à l'internement des prisonniers de guerre (comme la Quatrième Convention, la Troisième Convention autorise l'internement mais n'en fait pas une « obligation » expresse). On peut voir dans cette décision une révision potentielle et grave d'un régime légal – celui que définit le DIH – que tous les États du monde ont accepté et qui est considéré de manière générale comme constituant la *lex specialis* applicable dans les conflits armés internationaux. Nous pensons donc aussi que les États membres devraient envisager sérieusement de fonder à l'avenir leur argumentation dans ce type d'affaire, s'il y a lieu, sur la *lex specialis* qu'est le DIH.

Quoi qu'il en soit, il est évident que, pour le moment, l'arrêt *Al-Jedda* fait planer une ombre inquiétante sur la licéité actuelle et future des détentions effectuées à l'étranger par les États parties à la Convention. Qui plus est, leur capacité de coopérer avec d'autres pays, non parties à la Convention, dans le cadre de forces militaires multinationales dotées d'un mandat prévoyant la détention est aujourd'hui, au mieux, incertaine.

