

## NOTE D'OPINION

# Pour une conciliation entre les règles du droit international humanitaire et les règles du droit européen des droits de l'homme

**Claire Landais et Léa Bass\***

Claire Landais est directrice des affaires juridiques du ministère de la Défense français.

Léa Bass est chargée d'études au Bureau du droit des conflits armés du ministère de la Défense français.

### Résumé

*Les États parties à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales engagés dans des opérations militaires à l'étranger sont exposés à un risque accru de contentieux, eu égard à la jurisprudence relativement récente de la Cour européenne des droits de l'homme. Cet article examine certains des problèmes soulevés par l'applicabilité simultanée du droit international humanitaire et du droit européen des droits de l'homme. Il tente également d'identifier des pistes de conciliation entre ces deux branches du droit international différentes, mais pas incompatibles.*

**Mots clés :** détention administrative, Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Cour européenne des droits de l'homme, droit européen des droits de l'homme, conflit armé extraterritorial, droit à la vie.



\* Les opinions exprimées sont celles des auteurs et ne reflètent pas nécessairement le point de vue du ministère français de la Défense.

## Introduction

Depuis plusieurs années, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH ou la Cour) juge que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH) est applicable aux actions des forces armées des États parties engagées dans des opérations militaires se déroulant à l'extérieur de leur territoire, celles-ci étant également régies par le droit international humanitaire (DIH)<sup>1</sup>. Cette extension du champ d'application de la Convention a considérablement accru les risques contentieux pour les États membres du Conseil de l'Europe, comme l'illustrent les récents constats de violations dressés par la Cour à l'encontre des Pays-Bas ou du Royaume-Uni<sup>2</sup>, mais aussi par des juges nationaux<sup>3</sup>, premiers garants du respect de la Convention<sup>4</sup>. Or, si la place grandissante donnée au droit européen des droits de l'homme (DEDH) en situation de conflit armé extraterritorial étend incontestablement la garantie des droits accordés aux individus, une application trop stricte de la Convention dans ce type de situation pourrait cependant mettre à la charge des États des obligations irréalistes. À terme, ceci pourrait contribuer à rendre ces derniers moins respectueux des règles applicables et notamment des dispositions plus élémentaires d'autres branches du droit, en particulier des règles de DIH<sup>5</sup>.

La Cour semble toutefois être consciente de ce risque. En interprétant la Convention « à la lumière » des règles pertinentes du droit des conflits armés internationaux (CAI) relatives à la détention administrative – quitte à procéder à une « réécriture prétorienne d'une disposition expresse du texte conventionnel<sup>6</sup> » – elle est déjà parvenue à la concilier avec les règles de DIH, dont elle a très tôt reconnu qu'elles jouaient « un rôle indispensable et universellement reconnu dans l'atténuation de la

- 1 Voir notamment CEDH, *Issa et autres c. Turquie*, requête n° 31821/96, 16 novembre 2004 ; CEDH, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, requête n° 61498/08, 2 mars 2010 ; CEDH, *Al-Skeini c. Royaume-Uni* [Grande Chambre], requête n° 55721/07, 7 juillet 2011 ; CEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni* [Grande Chambre], requête n° 27021/08, 7 juillet 2011 ; CEDH, *Jaloud c. Pays-Bas* [Grande Chambre], requête n° 47708/08, 20 novembre 2014.
- 2 Voir notamment CEDH, *Jaloud c. Pays-Bas* [Grande Chambre], *op. cit.* note 1, 20 novembre 2014 ; CEDH, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, *op. cit.* note 1, 2 mars 2010 ; CEDH, *Al-Skeini c. Royaume-Uni* [Grande Chambre], *op. cit.* note 1, 7 juillet 2011 ; CEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni* [Grande Chambre], *op. cit.* note 1, 7 juillet 2011.
- 3 Haute Cour de Justice, *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence*, (2014) EWHC 1369 (QB), 2 mai 2014 ; Cour d'appel, *Mohammed v. Secretary of State for Defence*; *Rahmatullah and Others v. Ministry of Defence and Foreign and Commonwealth Office*, [2015] EWCA Civ 843.
- 4 Voir notamment Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 11<sup>e</sup> éd., 2012, pp. 209-210.
- 5 Voir Françoise Hampson, « Direct Participation in Hostilities and the Interoperability of the Law of Armed Conflict and Human Rights Law », *International Law Studies*, US Naval War College, Vol. 87, p. 192 : « If some rules are perceived to be unrealistic, this is likely to lessen respect for those rules that can be applied in practice ».
- 6 Nicolas Hervieu, « La jurisprudence européenne sur les opérations militaires à l'épreuve du feu », dans *Revue des droits de l'homme/ADL*, 20 octobre 2014, par. 52, disponible sur : <http://revdh.revues.org/890> (tous les liens ont été consultés pour la dernière fois en septembre 2016) ; Voir CEDH, *Hassan c. Royaume-Uni*, [Grande Chambre], requête n° 29750/09, 16 septembre 2014.

sauvagerie et de l'inhumanité des conflits armés<sup>7</sup> ». Les articles 2 et 5 de la CESDH, garantissant respectivement le droit à la vie et le droit à la liberté et à la sûreté, peuvent en effet trouver à s'appliquer à des situations également régies par les règles moins précises et parfois dérogoatoires à celles conçues pour s'appliquer en temps de paix.

Dès lors, et bien que cela ne soit pas la vocation première de la Cour<sup>8</sup>, seule une interprétation de la Convention à l'aune du DIH semble à même de permettre à la Cour de pallier les problèmes soulevés par l'applicabilité simultanée de ces deux branches du droit international non concurrentes, mais néanmoins différentes, que sont le DIH et le DEDH.

### Concilier les obligations découlant de l'article 2 (droit à la vie) et les règles pertinentes du DIH

Si elle n'était pas interprétée avec une certaine souplesse, l'obligation des États parties à la CESDH de protéger la vie de tous les individus placés sous leur « juridiction »<sup>9</sup> – y compris peut-être celle de leurs personnels militaires – pourrait ouvrir la voie à une judiciarisation excessive des opérations. Une interprétation stricte de l'article 2<sup>10</sup> pourrait en outre amener la Cour à apprécier une action militaire en période de conflit armé à l'aune du critère de l'« absolue nécessité », pourtant propre au DEDH et essentiellement applicable aux opérations de maintien de l'ordre public.

- 7 CEDH, *Loizidou c. Turquie*, (fond), *Recueil* 1996-VI, 18 décembre 1996, par. 43 ; CEDH, *Varnava et autres c. Turquie* [Grande Chambre], requêtes n° 16064/90 et s., 18 septembre 2009, par. 185 ; CEDH, *Hassan c. Royaume-Uni*, [Grande Chambre], *op. cit.* note 6, 16 septembre 2014, par. 102.
- 8 L'article 19 de la CESDH dispose que la Cour est chargée d'« assurer le respect des engagements résultants pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses protocoles ». Elle n'est donc pas *a priori* compétente pour contrôler le respect du droit international humanitaire. Toutefois, dans certaines affaires portées devant la Cour, les États défendeurs ont eux-mêmes invoqué l'applicabilité du DIH. En outre, sous l'influence de la jurisprudence d'autres juges internationaux, la Cour a développé différentes techniques qui lui permettent de se saisir des violations des droits de l'homme commises à l'occasion de conflits armés et ainsi de s'intéresser aux interactions entre DEDH et DIH. Voir Olivia Martelly, « L'évolution historique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme face aux conflits armés », dans *Les interactions entre le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme*, Actes du colloque organisé par la Direction des affaires juridiques du ministère français de la Défense le 22 octobre 2014, p. 16 à 30.
- 9 L'article 2 de la CESDH porte tout d'abord une obligation négative, en ce qu'il impose à l'État et à ses démembrements de ne pas attenter à la vie des individus. Dans sa jurisprudence, la Cour a également dégagé de cette disposition deux obligations positives, l'une matérielle, l'autre procédurale : les États doivent protéger la vie des individus placés sous leur juridiction (obligation positive substantielle), mais aussi mener une enquête effective, indépendante et impartiale lorsque l'un d'entre eux a malgré tout perdu la vie (obligation positive d'ordre procédural), que l'acte en cause soit imputable à un État ou à des particuliers. Voir notamment CEDH, *Mc Cann et autres c. Royaume-Uni* [Grande Chambre], 27 septembre 1995, par. 161 ; CEDH, *Ergi c. Turquie*, 28 juillet 1998, n° 23818/94, par. 82 ; CEDH, *Jaloud c. Pays-Bas*, [Grande Chambre], 20 novembre 2014, *op. cit.* note 1, par. 186.
- 10 L'article 2 dispose, en substance, que la mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf quand elle résulte d'un usage de la force rendu absolument nécessaire pour : a) assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ; b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ; c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection.

## L'obligation de protéger la vie et la crainte d'une judiciarisation excessive des opérations militaires

Les obligations positives de l'article 2<sup>11</sup> dégagées par la Cour pourraient être interprétées par celle-ci comme imposant que l'État – par le biais de ses responsables militaires – protège la vie de ses propres soldats en toutes circonstances, alors même que le risque de mort est inhérent au métier de ceux-ci.

La Cour a déjà jugé, à propos d'une violation alléguée de l'article 2, que les responsables militaires devaient prendre « les mesures suffisantes et nécessaires aux fins de la protection de l'intégrité tant physique que psychique des appelés placés sous leurs ordres<sup>12</sup> ». À ce jour, la Cour n'a toutefois jamais eu à se prononcer sur une affaire liée à une mort au combat<sup>13</sup>. C'est en revanche l'hypothèse de l'embuscade d'Uzbin en Afghanistan, dont est saisie la justice française. Dans cette affaire, des proches de soldats décédés ont déposé plainte contre la hiérarchie militaire (plus exactement contre personne non dénommée) des chefs de mise en danger de la vie d'autrui et de non-empêchement de crime<sup>14</sup>. Cette affaire, sans précédent en France, mais déjà rencontrée au Royaume-Uni<sup>15</sup>, a suscité de nombreuses craintes dans le milieu militaire français, au regard des conséquences que ceci pourrait avoir sur le terrain.

11 Voir note 9 *op. cit.*

12 Frédéric Sudre (Dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, Paris, 6<sup>e</sup> éd., 2011, p. 142, citant CEDH, *Abdullah Ylmaz c. Turquie*, requête n° 21899/02, 17 juin 2008, par. 57.

13 Une requête avait bien été déposée devant la Cour dans l'affaire *Pritchard c. Royaume-Uni*, mais elle a été rayée du rôle de la Cour le 18 mars 2014, les parties étant parvenues à un règlement amiable. Il convient toutefois de noter que la Cour n'avait pas d'emblée déclaré la requête irrecevable car manifestement mal fondée. Voir CEDH, *Pritchard c. Royaume-Uni* (déc.), requête n° 1573/11, 18 mars 2014.

14 Les 18 et 19 août 2008, dix soldats français appartenant à la Force internationale d'assistance à la sécurité, mandatée par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies en Afghanistan, ont trouvé la mort au cours d'une embuscade dans la vallée d'Uzbin, victimes d'une offensive ennemie alors qu'ils effectuaient une mission de reconnaissance. Ces pertes françaises étaient les plus importantes depuis l'attentat contre le Drakkar à Beyrouth en 1983. Les familles de huit des soldats français tués lors de l'embuscade ont déposé une plainte avec constitution de partie civile contre personne non dénommée, des chefs de mise en danger de la vie d'autrui et de non-empêchement d'un crime, car ils estimaient que leur mort était survenue notamment en raison d'une négligence imputable à la hiérarchie militaire. Le magistrat instructeur a pour sa part choisi d'informer du chef d'homicides non intentionnels. Cette affaire n'a pas encore trouvé à ce jour son épilogue judiciaire. À ce stade de la procédure et sous réserve des voies de recours, aucune infraction n'a été retenue contre quiconque par la justice française. Voir Pierre-Jérôme Delage, « La chambre criminelle et l'embuscade d'Uzbin », dans *Revue de sciences criminelles*, avril-juin 2012, pp. 353-360 ; Cour de Cassation, Chambre criminelle, 10 mai 2012, n° 12-81.197, publié au Bulletin ; Dalloz actualité, 22 mai 2010, obs. S. Lavric. ; D. 2012.137. Dans cet arrêt, la chambre criminelle a admis la recevabilité de la plainte avec constitution de partie civile des familles des soldats morts dans l'embuscade d'Uzbin. Cette recevabilité ne pourrait plus être reconnue sous l'empire de la nouvelle rédaction de l'article 698-2 du Code de procédure pénale telle qu'issue de la Loi de programmation militaire du 18 décembre 2013. Voir Loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale, disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFT EXT000028338825&categorieLien=id>.

15 Voir notamment l'arrêt rendu par la Cour suprême britannique en l'affaire *Smith and others v. The Ministry of Defence*, [2013], UKSC 41, disponible sur : [https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC\\_2012\\_0249\\_Judgment.pdf](https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC_2012_0249_Judgment.pdf).

Cependant, il n'est pas certain que la Cour donnerait raison aux requérants si elle venait à être saisie de cette affaire. En effet, comme le relève Nicolas Hervieu, « la Cour admet (...) de nets assouplissements en vertu des nécessités opérationnelles et autres fortes contraintes du terrain » et « s'abstient souvent de porter un jugement sur l'opportunité de certains choix opérationnels<sup>16</sup> ». Cette approche compréhensive pourrait également permettre de résoudre les potentiels conflits de paradigmes entre le DIH et le DEDH qui pourraient survenir à l'occasion de l'application du droit à la vie en période de conflit armé.

## Le droit à la vie et les possibles conflits de paradigmes entre DIH et DEDH

L'application de l'obligation négative portée par l'article 2 de la CESDH – l'interdiction de porter atteinte à la vie d'un individu – ne semble pas réellement pouvoir se heurter à une règle concurrente du DIH, bien que la lettre de cette disposition ne compte pas les « actes licites de guerre » au nombre des circonstances dans lesquelles une atteinte à la vie peut se justifier. En effet, si seul l'article 15, paragraphe 2 y fait référence, en prévoyant, en substance, qu'aucune dérogation à l'article 2 n'est autorisée, sauf « pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre », la Cour semble cependant admettre que les actes qui sont attentatoires au droit à la vie mais qui peuvent être considérés comme licites au regard du DIH ne sont jamais contraires à l'article 2, y compris lorsque l'État n'a pas exercé son droit de dérogation prévu à l'article 15 de la Convention<sup>17</sup>. Dans l'arrêt *Varnava et autres*, la Grande Chambre de la Cour a ainsi jugé que « l'article 2 doit être interprété dans la mesure du possible à la lumière des principes du droit international, notamment du droit international humanitaire (...) », si bien que « les États contractants doivent protéger la vie de ceux qui ne sont pas ou plus engagés dans les hostilités », alors même que l'État défendeur n'avait pas fait usage de son droit de dérogation et invoqué d'éventuels « actes licites de guerre<sup>18</sup> ».

Toutefois, la Cour a jugé à plusieurs occasions que « [l']article 2 vise non seulement les cas où la mort a été infligée intentionnellement, mais aussi les situations dans lesquelles est permis un recours à la force pouvant conduire à donner la mort de façon involontaire<sup>19</sup> ». La Cour pourrait donc être amenée à appliquer sa jurisprudence relative à l'article 2 au cas d'une personne protégée qui aurait été tuée

16 Voir Nicolas Hervieu, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les opérations militaires : entre louables progressions et regrettables imperfections », dans *Les interactions entre le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme*, Actes du colloque organisé par la Direction des affaires juridiques du ministère français de la Défense, *op. cit.* note 8, citant CEDH, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [Grande Chambre], *op. cit.* note 1, 7 juillet 2011, par. 168 ; CEDH, *Vassis et autres c. France*, requête n° 62736/09, 27 juin 2013 ; CEDH, *Hassan et autres c. France*, requête n° 46695/10, 4 décembre 2014 ; CEDH, *Ali Samatar et autres c. France*, n° 17110/10, 4 décembre 2014.

17 Voir pour une situation de CAI : CEDH, *Varnava et autres c. Turquie* [Grande Chambre], *op. cit.* note 7, 18 septembre 2009, par. 185. Voir pour une situation qui aurait peut-être pu être qualifiée de CANI : CEDH, *Issaïeva c. Russie*, requête n° 57947/00, 24 février 2005, par. 181.

18 CEDH, *Varnava et autres c. Turquie* [Grande Chambre], *op. cit.* note 7, 18 septembre 2009, par. 185.

19 Voir notamment CEDH, *Al-Skeini c. Royaume-Uni* [Grande Chambre], *op. cit.* note 1, 7 juillet 2011, par. 162.

de manière incidente au cours d'un usage de la force considéré comme licite en vertu du DIH. Or, pour apprécier si des agents d'un État n'ont pas fait un usage excessif de la force, la Cour vérifie que le recours à la force a été rendu « absolument nécessaire » pour atteindre l'un des objectifs prévus par l'article 2<sup>20</sup>.

Satisfaire à l'un de ces objectifs ne paraît pas réellement problématique eu égard à la solution dégagée dans l'arrêt *Varnava et autres* précité. Un engagement militaire s'inscrivant dans le cadre d'un conflit armé non international (CANI) semble en outre pouvoir aisément répondre à l'objectif visé à l'alinéa a) de l'article 2, paragraphe 2 – à savoir assurer la défense de toute personne contre la violence illégale – puisque la Cour a été jusqu'à le présumer, dans son arrêt *Issaïeva et autres c. Russie*, « eu égard au contexte du conflit en Tchétchénie à l'époque des faits<sup>21</sup> ».

En revanche, le critère de l'absolue nécessité, que la Cour considère particulièrement « strict et impérieux<sup>22</sup> », diffère considérablement des principes régissant la conduite des hostilités en DIH<sup>23</sup>. Pour être jugé « absolument nécessaire » au sens de l'article 2 de la Convention, l'usage de la force doit être rigoureusement proportionné à l'objectif poursuivi et s'inscrire dans une opération préparée et contrôlée de manière à réduire au minimum, autant que faire se peut, le recours à la force meurtrière<sup>24</sup>. Ainsi en DEDH, l'usage de la force ne peut intervenir qu'en dernier recours, y compris contre des cibles considérées comme légitimes en vertu du DIH. Le principe de précaution en particulier, qui est utilisé par la Cour pour évaluer le respect du critère de l'absolue nécessité, revêt un sens différent de celui que recouvre le principe de précaution en DIH. Il implique en effet que toutes les précautions soient prises pour éviter, autant que possible, d'utiliser la force en toutes circonstances et non pas seulement à l'égard des personnes et des biens considérés comme protégés, comme l'impose le principe de précaution en DIH<sup>25</sup>. Dès lors, aux termes d'une interprétation stricte de la Convention, l'atteinte portée à la vie d'un civil du fait d'une attaque qui serait considérée comme licite en DIH – car respectueuse des principes régissant la conduite des hostilités – pourrait cependant être appréciée par la Cour à l'aune du principe de l'« absolue nécessité » et être jugée contraire à l'article 2.

Cependant, ces potentiels conflits de paradigmes<sup>26</sup> entre DIH et DEDH ne semblent pas insolubles. Comme l'explique le professeur Frédéric Sudre, si le DIH demeure une branche du droit international bien distincte du DEDH, il n'en demeure pas moins qu'ils ont tous les deux « une préoccupation identique – assurer la

20 Frédéric Sudre (Dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit. note 12, pp. 125-131.

21 CEDH, *Issaïeva c. Russie*, op. cit. note 16, 24 février 2005, par. 181.

22 CEDH, *Mc Cann et autres c. Royaume-Uni* [Grande Chambre], op. cit. note 9, 27 septembre 1995, par. 161.

23 Publication du CICR, *Expert Meeting: The use of force in armed conflicts, interplay between the conduct of hostilities and law enforcement paradigms*, pp. 8 et 9, disponible en anglais seulement sur : <https://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4171.pdf>.

24 CEDH, *Mc Cann et autres c. Royaume-Uni*, [Grande Chambre], op. cit. note 9, 27 septembre 1995, par. 194.

25 Voir CICR, *Droit international humanitaire coutumier, Vol. I, Règles*, Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck (dir.), Édition française, Bruylant, 2006, Règle 15, p. 69-74 ; Voir réunion d'experts, op. cit., note 23, pp. 8-9.

26 Voir réunion d'experts, op. cit., note 23.

protection de la personne humaine – (...) et convergent nécessairement sur un certain nombre de règles fondamentales<sup>27</sup> ». Les techniques interprétatives fréquemment utilisées par la Cour peuvent permettre de réconcilier ces logiques différentes. Ainsi, si dans l'affaire *Issaïeva et autres c. Russie*, la Cour n'a pas appliqué d'office les règles du DIH en écartant les règles potentiellement concurrentes de la Convention, elle n'a toutefois pas appliqué le principe de précaution tel qu'entendu en DEDH, alors que sa jurisprudence semblait pourtant l'imposer. Elle n'a en effet pas vérifié si les personnes suspectées de violence illégale auraient pu être épargnées<sup>28</sup> et a seulement examiné si l'opération en question avait « été préparée et exécutée avec les précautions nécessaires à la protection des vies civiles<sup>29</sup> ».

De tels aménagements jurisprudentiels<sup>30</sup> apparaissent indispensables pour respecter la complémentarité du DIH et du droit des droits de l'homme, reconnue par la Cour internationale de Justice (C.I.J.)<sup>31</sup>, dont la jurisprudence a plusieurs fois été mentionnée par la CEDH au titre du droit international pertinent<sup>32</sup>. Envisager ces deux branches du droit international comme un tout cohérent et complet semble en effet être la seule solution satisfaisante aux autres problèmes soulevés par leur application simultanée.

## Concilier l'article 5 (droit à la liberté et à la sûreté) et la détention administrative

La question de l'existence de la base légale de la détention administrative<sup>33</sup> dans les textes de DIH et, partant, de la conformité de cette forme de détention avec le DEDH, a récemment été soulevée, tant en doctrine qu'en jurisprudence<sup>34</sup>.

27 Voir Frédéric Sudre, *op. cit.*, note 4, p. 33.

28 Voir Publication du CICR, *Expert Meeting: The use of force in armed conflicts, interplay between the conduct of hostilities and law enforcement paradigms*, *op. cit.*, note 23.

29 CEDH, *Issaïeva c. Russie*, *op. cit.* note 16, 24 février 2005, par. 199.

30 Ces aménagements ne préfigurent pas toujours une absence de constat de violation, puisque la Cour a conclu à la violation de l'article 2 dans l'affaire *Issaïeva c. Russie* précitée.

31 Voir C.I.J., *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, par. 25 ; C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juillet 2004, par. 106 ; C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, Recueil 2005, par. 216.

32 Voir Olivia Martelly, *op. cit.* note 8, p. 24, citant *Al-Skeini c. Royaume-Uni*, CEDH [Grande Chambre], *op. cit.* note 1, par. 90-91 ; *Hassan c. Royaume-Uni*, CEDH [Grande Chambre], *op. cit.* note 6, par. 35-37.

33 La détention administrative est une mesure non-punitivité pouvant être prise pour des raisons de sécurité dans le cadre d'un conflit armé. Voir Jelena Pejic, « Principes en matière de procédure et mesures de protection pour l'internement/la détention administrative dans le cadre d'un conflit armé et d'autres situations de violence », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 87, *Sélection française* 2005, pp. 331-350.

34 *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence*, (2014) *op. cit.* note 3 ; *Mohammed v. Secretary of State for Defence* ; *Rahmatullah and Others v. Ministry of Defence and Foreign and Commonwealth Office*, *op. cit.* note 3 ; Voir notamment : Jelena Pejic « L'arrêt Al-Jedda de la Cour européenne des droits de l'homme et le droit international humanitaire », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 93, *Sélection française* 2011/2, pp. 365-382 ; Gabor Rona, « Is There a Way Out of the Non-International Armed Conflict Detention Dilemma? », *International Law Studies: U.S. Naval War College*, vol. 91, n° 32, 2015, pp. 32-59.



Dans son arrêt *Hassan c. Royaume-Uni* du 16 septembre 2014, la Cour a pour la première fois accepté d'« accommoder » la liste pourtant exhaustive et limitative des cas dans lesquels il peut être porté atteinte au droit à la liberté et à la sûreté garanti par l'article 5 de la Convention, avec les formes de détention propres au DIH<sup>35</sup>. Cependant, la Cour a circonscrit son analyse aux situations de conflit armé international (CAI)<sup>36</sup>, puisqu'elle a jugé que « [c]e 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<sup>37</sup> ». Le fait que les articles 43 et 78 de la Quatrième Convention de Genève (CG IV) encadrent en particulier la détention administrative de plusieurs garanties procédurales précisément énumérées est ainsi à l'origine de l'absence de constat de violation de l'article 5, paragraphe 1 dans cette affaire.

Or malheureusement, l'article 3 commun aux quatre Conventions du 12 août 1949 (article 3 commun) et l'article 5 du Protocole additionnel II du 8 juin 1977 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) – seuls textes de DIH applicables à la détention administrative en période de CANI – ne prévoient pas de garanties aussi nombreuses et précises que celles prévues en période de CAI. La Haute Cour de justice britannique, dans l'affaire *Mohammed v. MOD*, a d'ailleurs pour sa part jugé que la lettre de ces dispositions applicables dans un CANI était trop lapidaire pour pouvoir leur conférer la qualité de base légale de nature à fonder une privation de liberté<sup>38</sup>.

Plusieurs solutions à cet épineux problème ont été évoquées pour permettre aux États de se conformer à leurs obligations au titre de la Convention, tout en continuant à procéder à des placements en détention administrative, pour des raisons impératives de sécurité liées à un CANI<sup>39</sup>. Cependant, aucune de ces solutions ne se suffirait à elle-même sans d'importants aménagements jurisprudentiels, comparables à ceux auxquels la Grande Chambre de la Cour a déjà consenti dans son arrêt *Hassan c. Royaume-Uni* à l'égard d'une situation de CAI.

## Application extraterritoriale de l'article 15

La possibilité de déroger à la Convention, offerte par son article 15, semble, à première vue, être la solution la plus à même de permettre à un État de continuer à respecter ses obligations conventionnelles, tout en ayant recours à la détention administrative en situation de conflit armé. Toutefois, la Cour a jugé que le sens de l'expression « en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation » employée

35 CEDH, *Hassan c. Royaume-Uni*, [Grande Chambre], *op. cit.* note 6, 16 septembre 2014, par. 104.

36 *Ibid.*, par. 100.

37 *Ibid.*, par. 104.

38 *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence*, (2014), *op. cit.* note 3, par. 243.

39 Voir notamment Gabor Rona, *op. cit.* note 34, pp. 32-59 ; Marko Milanovic, « Hassan v. United Kingdom, IHL and IHRL, and other News in (Extra-) Territoriality and Shared Responsibility », EJIL: Talk! – Blog of the European Journal of International Law, 18 décembre 2013, disponible sur : <http://www.ejiltalk.org/hassan-v-united-kingdom-ihl-and-ihrl-and-other-news-in-extra-territoriality-and-shared-responsibility/>.



à l'article 15, paragraphe 1 de la Convention<sup>40</sup> désigne « une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État<sup>41</sup> ». Or, comme l'a relevé Jelena Pejic, « il ne semble pas que les conflits armés auxquels ont participé les États parties sur le territoire d'un État tiers ces dernières années puissent être considérés comme répondant à ce critère<sup>42</sup> ».

La Cour a certes fait référence dans son arrêt *Hassan c. Royaume-Uni* à l'article 15, comme elle l'avait d'ailleurs déjà fait dans son arrêt *Al-Jedda c. Royaume-Uni*<sup>43</sup>. Ceci pourrait être un indice de ce qu'elle n'exclurait pas d'admettre la validité d'une dérogation à la Convention, même dans le cas où l'affaire qui lui serait soumise s'inscrirait dans le cadre d'un CANI extraterritorial. Dans ce cas toutefois, elle n'aurait d'autre choix que de revenir sur sa jurisprudence antérieure, dans la mesure où les critères liés à l'affectation de « l'ensemble de la population » et à la « menace pour la vie organisée de la communauté » ne pourraient pas *a priori* être remplis.

En outre, si la Cour admettait une telle dérogation, l'État qui serait autorisé à exercer son droit de déroger à l'article 5 de la Convention sur le territoire d'un État tiers à celui-ci ne souhaiterait sans doute pas suspendre l'application de cette disposition sur son propre territoire. Ceci heurterait alors probablement l'esprit même du concept de la juridiction extraterritoriale, sous-tendue par l'idée selon laquelle, aux termes de la jurisprudence de la Cour, « l'article 1 de la Convention ne peut être compris comme autorisant un État partie à perpétrer sur le territoire d'un autre État des violations de la Convention qu'il ne pourrait commettre sur son propre territoire<sup>44</sup> ».

Une dérogation effectuée au titre de l'article 15 n'aurait en outre pas pour effet d'exonérer pleinement l'État du respect des garanties qu'il prévoit. Tout d'abord, lorsqu'il met en œuvre l'article 15, l'État a un devoir de notification<sup>45</sup>. Il doit ainsi justifier les mesures dérogatoires qu'il prend au regard des circonstances susmentionnées<sup>46</sup>. Or, si la Cour accorde aux États « une ample marge d'appréciation de la

40 L'article 15 paragraphe 1 de la CESDH dispose : « En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international ».

41 Voir notamment CEDH, *Lawless c. Irlande*, requête n° 332/57, 1<sup>er</sup> juillet 1961, par. 28.

42 Jelena Pejic, *op. cit.* note 32, p. 380.

43 CEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni* [Grande Chambre], *op. cit.* note 1, par. 40.

44 CEDH, *Issa et autres c. Turquie*, *op. cit.* note 1. La Cour a cependant déjà admis qu'un État partie pouvait exercer son droit de dérogation sur une partie seulement de son propre territoire ; Voir CEDH, *Sakik et autres c. Turquie*, requêtes n° 87/1996/67/897-902, 26 novembre 1997, par. 39. En revanche, certains auteurs estiment que les dérogations extraterritoriales sont possibles. Voir notamment Marko Milanovic, « Extraterritorial Derogations from Human Rights Treaties in Armed Conflict » in Nehal Bhuta (dir.), *The Frontiers of Human Rights: Extraterritoriality and its Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2016, (à paraître).

45 L'article 15 paragraphe 3 de la Convention dispose : « Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application ».

46 CEDH, *Aksoy c. Turquie*, requête n° 21987/93, 18 décembre 1996, par. 68 ; CEDH, *Brannigan et Mc Bride c. Royaume-Uni*, requêtes n° 14553/89 et 14554/89, 26 mai 1993, par. 43.

détermination de la nature et de la portée des mesures dérogatoires qui leur semblent nécessaires pour conjurer le danger invoqué<sup>47</sup> », elle a toutefois déjà jugé qu’il « lui appartient en dernier ressort de statuer sur la question de savoir si les mesures prises sont “strictement exigées” par la situation<sup>48</sup> ». De plus, elle a estimé que « lorsqu’une mesure porte atteinte à un droit conventionnel fondamental – tel que le droit à la liberté – la Cour doit s’assurer qu’elle constitue une réponse véritable à l’urgence, qu’elle se justifie pleinement au regard des circonstances spéciales de cette situation et qu’il existe des garanties contre les abus<sup>49</sup> ». Ainsi, en admettant que l’article 15 permette de déroger à l’article 5 uniquement à l’égard des détentions administratives effectuées sur le territoire d’États tiers à la Convention – ce qui n’est pas certain – la Cour pourrait néanmoins vérifier que les mesures adoptées par les États étaient strictement requises par les exigences de la situation en cause.

Les solutions dégagées par la CEDH semblent à cet égard dépendre également des garanties offertes aux personnes détenues par l’État désireux d’exercer son droit de dérogation. La Cour a ainsi déjà admis des dérogations effectuées par le Royaume-Uni (au niveau national) aux obligations tirées de l’article 5 de la Convention dans son arrêt *Brannigan et Mc Bride*, à l’égard de dispositions autorisant une détention sans contrôle judiciaire de personnes soupçonnées d’infractions terroristes pendant une période maximale de sept jours<sup>50</sup>. En revanche, elle n’a pas admis la validité d’une dérogation étatique à l’égard d’une détention de nature similaire d’une durée de quatorze jours dans son arrêt *Aksoy c. Turquie*. La Cour a en effet relevé dans l’affaire *Brannigan et Mc Bride* que « le recours de l’*habeas corpus* permettait un contrôle de la légalité de l’arrestation et de la détention initiales » et que « les détenus avaient le droit absolu, qu’ils pouvaient revendiquer en justice, de consulter un solicitor quarante-huit heures après leur arrestation, de même que ceux d’informer un parent ou ami de leur détention et de se faire examiner par un médecin<sup>51</sup> ». À l’inverse dans l’affaire *Aksoy*, la Cour a estimé que « la privation de l’accès à un avocat, un médecin, un parent ou un ami, et l’absence de toute possibilité réaliste d’être traduit devant un tribunal aux fins de contrôle de la légalité de sa détention, signifiaient que le requérant était complètement à la merci de ses gardiens<sup>52</sup> ».

L’article 15 de la Convention ne paraît pas ainsi être une solution incontestablement disponible. En outre, elle ne permettrait pas à un État d’écarter totalement l’application de l’article 5 à l’égard des détentions administratives auxquelles il procéderait en situation de conflit armé à l’extérieur de son territoire et de faire l’économie de certaines garanties qui – sans être identiques à celles offertes à un individu dans le cadre d’une détention judiciaire prononcée en temps de paix – en seraient néanmoins le pendant.

47 CEDH, *A et autres c. Royaume-Uni* [Grande Chambre], requête n° 3455/05, 23 septembre 1998, par. 184.

48 *Ibid.*

49 *Ibid.*

50 CEDH, *Brannigan et Mc Bride c. Royaume-Uni*, *op. cit.* note 46, par. 62-66.

51 CEDH, *Aksoy c. Turquie*, *op. cit.* note 42, par. 82.

52 *Ibid.*, par. 83.

## Une autorisation de détenir donnée par le Conseil de sécurité des Nations Unies

En vertu des articles 25 et 103 de la Charte des Nations Unies, les décisions du Conseil de sécurité s'imposent aux États et devraient primer les autres obligations concurrentes mises à leur charge en vertu d'un autre accord international, comme la CESDH. Toutefois, la Grande Chambre de la Cour a récemment jugé dans l'arrêt *Al Dulimi et Montana Management c. Suisse* rendu le 21 juin 2016, que :

lorsqu'une résolution du Conseil de sécurité ne contient pas une formule claire et explicite excluant ou limitant le respect des droits de l'homme (...), la Cour présupera toujours la compatibilité de ces mesures avec la Convention. En d'autres termes, en pareil cas, dans un esprit d'harmonisation systémique, elle conclura en principe à l'absence d'un conflit d'obligations susceptible d'entraîner la mise en œuvre de la règle de la primauté contenue dans l'article 103 de la Charte des Nations Unies<sup>53</sup>.

Dans le cadre de la mise en œuvre de sanctions visant des particuliers ou des entités au niveau national, la Cour a ainsi confirmé la présomption qu'elle avait préalablement établie dans son arrêt du 7 juillet 2011 rendu en l'affaire *Al-Jedda contre Royaume-Uni*<sup>54</sup>.

Par conséquent, l'insertion d'une référence à la détention administrative dans une résolution du Conseil de sécurité, sans une dérogation explicite – et hautement improbable – au droit garanti par l'article 5 de la CESDH, ne pourrait pas avoir pour effet d'écarter l'application de cette disposition.

Néanmoins, dans son arrêt *Al-Jedda c. Royaume-Uni* du 7 juillet 2011, la Cour n'a pas formellement exclu qu'une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies (CSNU) puisse constituer une base légale à la détention administrative<sup>55</sup>. La raison pour laquelle la Cour ne l'a pas admis en l'espèce semble tenir au fait que la détention administrative n'était pas expressément visée dans la résolution en cause. C'est tout du moins la lecture de la jurisprudence de la Cour qui a été adoptée par la Haute Cour de Justice britannique, puis confirmée en appel<sup>56</sup>.

En tout état de cause, si l'on en suit les règles dégagées par la Cour dans son arrêt *Hassan c. Royaume-Uni*, la résolution du CSNU devrait dans ce cas également prévoir un certain nombre de garanties pour revêtir la qualité de base légale et, dès

53 Voir CEDH, *Al Dulimi and Montana Management*, requête n° 5809/08, 21 juin 2016, par. 140.

54 Voir CEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni* [Grande Chambre], *op. cit.* note 1, par. 101-102.

55 *Ibid.* La Cour a adopté dans cet arrêt *Al-Jedda* une lecture très restrictive de l'article 103 de la Charte des Nations Unies, en jugeant en filigrane que la seule *autorisation* par le CSNU d'un comportement contraire à un engagement international des États membres ne suffirait pas à y déroger, mais qu'il faudrait plutôt que la résolution contienne une véritable obligation de déroger aux obligations en cause. Cependant, il est fort possible que la Cour n'ait fait sur ce point que répondre à l'argument du gouvernement défendeur, qui invoquait l'existence d'une telle obligation dans la résolution du CSNU pour justifier le traitement infligé au requérant en l'espèce. C'est ce qui semble ressortir de l'arrêt *Hassan c. Royaume-Uni* : voir CEDH, *Hassan c. Royaume-Uni*, [Grande Chambre], *op. cit.* note 6, par. 99.

56 *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence*, (2014), *op. cit.* note 3, par. 193-207 et par. 211; Cour d'appel, *Mohammed v. Secretary of State for Defence; Rahmatullah and Others v. Ministry of Defence and Foreign and Commonwealth Office*, *op. cit.* note 3, par. 158-163.

lors, pouvoir être « accordée » avec la liste, en principe limitative, des cas de privation de liberté énumérés à l'article 5, paragraphe 1 de la Convention, parmi lesquels la détention administrative ne figure pas<sup>57</sup>.

Cette solution pourrait alors se heurter à des obstacles politiques, dans la mesure où le langage des résolutions du Conseil n'a à ce jour jamais atteint le degré de précision qui serait requis ici. Elle présenterait également le désavantage de devoir être actionnée en amont de chaque opération, ce qui ne serait pas idéal au regard du principe de sécurité juridique.

### Base légale en droit interne de l'État d'envoi, en droit interne de l'État hôte, ou dans un accord bilatéral

Avant d'examiner, dans l'affaire *Serdar Mohammed*, si le DIH applicable aux CANI contenait une base légale à la détention administrative, la Haute Cour de justice britannique a examiné si le droit interne britannique et le droit interne de l'État hôte de l'opération prévoient cette forme de détention<sup>58</sup>.

Cependant, la solution qui consisterait à se fonder sur le droit interne de l'État hôte ne paraît pas réellement satisfaisante, dans la mesure où, dans la grande majorité des cas, aucune disposition interne ne régirait spécifiquement la détention administrative. Elle devrait donc être introduite en urgence, dès le déclenchement de l'opération militaire. Or, bien souvent, l'adoption d'un tel texte ne pourrait être obtenue dans les délais requis. Il devrait en outre prévoir un certain nombre de garanties pour pouvoir être considéré par la Cour comme constitutif d'une base légale au sens de l'article 5. Enfin et dès lors, des obstacles politiques, liés au respect de la souveraineté de l'État hôte de l'opération – par hypothèse ici tiers à la CESDH – pourraient s'opposer à la réussite de cette réforme législative ou réglementaire.

Une autre solution consisterait à introduire une référence explicite à la capacité de l'État d'envoi des troupes à procéder à la détention administrative, accompagnée des garanties nécessaires, dans un accord signé avec l'État hôte lors du déclenchement de l'opération. Cette solution risquerait moins de se heurter à des obstacles politiques, dans la mesure où seul l'État d'envoi des troupes, et non l'État hôte, s'engagerait à offrir aux personnes détenues chacune des garanties énumérées. L'État hôte s'engagerait en effet seulement à ne pas soumettre les individus qui lui seraient transférés par l'État d'envoi à des mesures ou des traitements contraires aux articles 2 et 3 de la Convention<sup>59</sup>. Toutefois, cette solution pourrait peut-être se heurter aux exigences de prévisibilité et d'accessibilité de toute base légale, au sens de la jurisprudence de la Cour<sup>60</sup>.

57 CEDH, *Hassan c. Royaume-Uni*, [Grande Chambre], *op. cit.* note 6, par. 104.

58 *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence*, *op. cit.* note 3, par. 110-111.

59 Voir notamment l'article 10 de l'accord sur le statut des forces (SOFA) conclu entre la France et le Mali en 2013 ; Décret n° 2013-364 du 29 avril 2013 portant publication de l'accord sous forme d'échange de lettres entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Mali déterminant le statut de la force « Serval », signées à Bamako le 7 mars 2013 et à Koulouba le 8 mars 2013, disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027376103>.

60 La Cour considère que lorsqu'il est question d'une privation de liberté, il est particulièrement important de satisfaire au principe général de sécurité juridique. Il est par conséquent essentiel, aux termes de

Une autre solution encore, consisterait à introduire un texte autorisant la détention administrative dans le droit interne de l'État d'envoi des troupes. Cependant, pour revêtir la qualité de base légale au sens de la jurisprudence de la Cour, le texte devrait prévoir expressément son application aux situations de CANI, et surtout de CANI extraterritorial, mais aussi être suffisamment exhaustif en termes de garanties procédurales. Outre le fait qu'un texte tel serait sans doute difficile à obtenir, la Cour devrait malgré tout, en cas de contentieux, sûrement procéder à des aménagements similaires à ceux effectués dans l'arrêt *Hassan*, puisque la détention administrative ne figure pas parmi les cas de privation de liberté énumérés dans la liste de l'article 5, paragraphe 1. Ce texte interne ne pourrait en effet pas entrer dans le champ de l'article 5, paragraphe 1, b) de la Convention, qui vise l'« arrestation ou [la] 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 ». La jurisprudence de la Cour semble en effet exclure cette possibilité puisqu'elle exige que la personne concernée par la mesure visant à « garantir l'exécution » d'une obligation prescrite par la loi, soit débitrice d'une obligation non exécutée<sup>61</sup>, celle-ci devant être spécifique et concrète<sup>62</sup>. Or, la détention administrative est simplement motivée par des raisons impératives de sécurité liées à la situation de conflit armé en cours<sup>63</sup> et non pas par un manquement à une obligation de faire ou de ne pas faire.

C'est donc seulement en interprétant l'article 5 à la lumière des dispositions de ces éventuelles sources, qui viendraient compléter les règles pertinentes du DIH (surtout celles applicables aux CANI), que la Cour pourrait considérer ce type de détention comme conforme à l'article 5, paragraphe 1.

### *Lex specialis* ou interprétation systémique ?

Souvent évoquée comme une solution potentielle aux conflits apparents entre DIH et DEDH, la règle de conflit de lois selon laquelle *lex specialis derogat legi generali*, ne semble pourtant pas pouvoir être invoquée pour pallier l'absence de reconnaissance de la détention administrative en DEDH. La Cour ne s'est en tout cas pas appuyée sur cette règle dans son arrêt *Hassan c. Royaume-Uni*<sup>64</sup> et la Haute Cour de Justice britannique a pour sa part expressément refusé de l'appliquer à la situation de CANI

la jurisprudence de la Cour, que les conditions de la privation de liberté en vertu du droit interne et/ou du droit international soient clairement définies et que la loi elle-même soit prévisible dans son application, de façon à remplir le critère de « légalité » fixé par la Convention, qui exige que toute loi soit suffisamment précise pour éviter tout risque d'arbitraire et pour permettre au citoyen – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé. Voir CEDH, *Medvedyev c. France* [Grande Chambre], requête n° 3394/03, 29 mars 2010, par. 80-103.

61 CEDH, *Guide sur l'article 5 de la Convention - Droit à la liberté et à la sûreté*, p. 13, disponible sur : [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_5\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_FRA.pdf).

62 CEDH, *Ciula c. Italie*, requête n° 11152/84, 22 février 1989, par. 36.

63 Voir CICR, *Le renforcement du droit international humanitaire protégeant les personnes privées de liberté : Rapport final*, octobre 2015, EN 32IC/15/XX, p. 29 : « Un grand nombre d'États ont estimé que la formulation la plus appropriée des motifs d'internement serait des "raisons impérieuses de sécurité" ».

64 Ceci en dépit du fait que l'État défendeur et les tiers intervenants ont fait référence à ce principe. CEDH, *Hassan c. Royaume-Uni*, [Grande Chambre], requête n° 29750/09, *op. cit.* note 6.

qui lui était soumise, considérant qu'en l'absence de base légale dans le DIH des CANI, aucun conflit de normes avec les dispositions de la Convention ne pouvait être constaté<sup>65</sup>.

Contrairement aux principes de *lex posterior* et de *lex superior*, le principe de *lex specialis* ne trouve pas son expression dans les règles d'interprétation posées par la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969<sup>66</sup>, même s'il a été utilisé par la Commission du droit international et par plusieurs cours et tribunaux internationaux, dont la C.I.J.<sup>67</sup>

À l'inverse, le principe de l'interprétation systémique<sup>68</sup> figure bien au nombre des principes envisagés par la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, qui dispose, en son article 31, paragraphe 3, c), « qu'il sera tenu compte, en même temps que du contexte (...) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ».

En réalité, comme l'explique Silvia Borrelli, la CIJ :

en qualifiant le droit international humanitaire de *lex specialis* dans ses deux avis consultatifs, entendait donner un sens très particulier à cette expression. Il est relativement clair qu'elle ne se référerait pas à la maxime *lex specialis derogat legi generali*, ou du moins, qu'elle n'envisageait pas la suspension de l'application du droit international des droits de l'homme au profit du droit international humanitaire. Le latin a plutôt été utilisé pour indiquer que les règles du droit international humanitaire devaient déployer leurs effets, autant que possible, si elles trouvaient à s'appliquer à l'occasion de l'examen du respect d'obligations de droit international des droits de l'homme » [traduction des auteurs]<sup>69</sup>.

La Grande Chambre de la Cour a elle-même eu recours au principe de l'interprétation systémique dans son arrêt *Hassan c. Royaume-Uni*, puisqu'elle a admis la conventionnalité d'un cas de détention non prévu à l'article 5 de la Convention et jugé que cette disposition devait être interprétée « à la lumière des principes du droit international humanitaire<sup>70</sup> ». En procédant ainsi, la Cour a choisi de déroger exceptionnellement à sa jurisprudence, selon laquelle la liste des cas de privation de liberté énumérés à l'article 5, paragraphe 1 revêt un caractère limitatif<sup>71</sup>.

65 *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence*, *op. cit.* note 3, par. 287.

66 Voir Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, 1155 RTNU 331, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, articles 30, paragraphe 3, 53, 59 et 64.

67 Silvia Borelli, « The (Mis)-Use of General Principles of Law: Lex Specialis and the Relationship between International Human Rights Law and the Laws of Armed Conflict », in Laura Pineshi (dir.), *General Principles of Law: The Role of the Judiciary*, Springer, 2015, p. 3, disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=2575076>.

68 L'interprétation systémique désigne la lecture qui « vise à éclairer un fragment du texte par un autre, voire par d'autres textes ». Voir Denis Alland, Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, p. 844. Voir également Giovanni Distefano et Petros C. Mavroidis, « L'interprétation systémique : le liant de l'ordre international », in Olivier Guilloid, Christoph Müller (dir.), *Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner*, Basel, Neuchâtel, 2011, pp. 743-759.

69 Silvia Borelli, *op. cit.* note 65, p. 10.

70 CEDH, *Hassan c. Royaume-Uni*, [Grande Chambre], *op. cit.* note 6, par. 102.

71 Voir notamment CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, requête n° 5310/71, 18 janvier 1978, par. 194 ; CEDH, *A et autres c. Royaume-Uni* [Grande Chambre], *op. cit.* note 47, par. 162-163 ; CEDH, *Al-Jedda*

Or, il est difficile de voir ce qui s'opposerait à ce que cette interprétation systémique soit utilisée par la Cour si elle venait à être saisie d'un cas de détention administrative, entouré d'un certain nombre de garanties, qui s'inscrirait dans une situation de CANI et non pas de CAI. Si l'article 3 commun et l'article 5 du Protocole II ne sont certes pas aussi détaillés que le sont notamment les articles 43 et 78 de la CG IV, il n'en reste pas moins qu'en mentionnant expressément la détention ou l'internement et en précisant certaines des procédures et garanties minimales qui l'encadrent dans ces deux textes applicables aux CANI, les États ont entendu restreindre leur liberté de procéder à la détention administrative et, par là-même, affirmer cette liberté qui leur permet notamment d'« atténuer la violence et le coût humain d'un conflit armé<sup>72</sup> ».

Contrairement à ce qu'a affirmé la Cour d'appel dans l'affaire *Serdar Mohammed*, le pouvoir des États de procéder à la détention administrative ne procède pas seulement d'une absence d'interdiction<sup>73</sup>, mais bien d'une référence et d'un encadrement – certes perfectible mais néanmoins existant – de cette liberté<sup>74</sup>. Les articles 43 et 78 de la Quatrième Convention, sur lesquels la Cour s'est notamment fondée dans l'arrêt *Hassan c. Royaume-Uni* pour juger que l'internement était « un attribut reconnu du droit international humanitaire » en période de conflit armé international<sup>75</sup>, se contentent d'ailleurs également d'en encadrer l'exercice et ne font pas référence à un droit explicite de détenir. En réalité, seul l'article 21 de la Troisième Convention de Genève reconnaît explicitement un tel droit au profit des États à l'égard des prisonniers de guerre. L'article 42 de la Quatrième Convention, cité par la Cour d'appel dans l'affaire *Serdar Mohammed* comme conférant un « pouvoir de détenir des civils lorsque la sécurité de la Puissance détentricrice le rend absolument nécessaire<sup>76</sup> », se contente plutôt en réalité seulement d'encadrer le recours à la détention à l'encontre des personnes protégées<sup>77</sup>.

Alors même que, lors de la conférence diplomatique ayant permis son adoption, certains États considéraient qu'il était vain de chercher à réglementer la

c. *Royaume-Uni* [Grande Chambre], *op. cit.* note 1, par. 99-100 ; CEDH, *Hassan c. Royaume-Uni*, [Grande Chambre], *op. cit.* note 6, par. 104-105.

72 Document d'information du CICR, *Réunion de tous les États dans le cadre de l'initiative visant à renforcer le droit international humanitaire protégeant les personnes privées de liberté*, Genève, 27-29 avril 2015, p. 3, disponible sur : <https://www.icrc.org/fr/document/renforcement-du-droit-international-humanitaire-protectant-les-personnes-privées-de-liberté>.

73 *Mohammed v. Secretary of State for Defence; Rahmatullah and Others v. Ministry of Defence and Foreign and Commonwealth Office*, *op. cit.* note 3, par. 202.

74 Voir CICR, *Opinion Paper, Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges*, novembre 2014, p. 7 : « One view is that a legal basis for internment would have to be explicit, as it is in the Fourth Geneva Convention; in the absence of such a rule, IHL cannot provide it implicitly. Another view, shared by the ICRC, is that both customary and treaty IHL contain an inherent power to intern and may in this respect be said to provide a legal basis for internment in NIAC. This position is based on the fact that internment is a form of deprivation of liberty which is a common occurrence in armed conflict, not prohibited by Common Article 3, and that Additional Protocol II – which has been ratified by 167 States – refers explicitly to internment ».

75 CEDH, *Hassan c. Royaume-Uni*, [Grande Chambre], *op. cit.* note 6, par. 104-105.

76 *Mohammed v. Secretary of State for Defence; Rahmatullah and Others v. Ministry of Defence and Foreign and Commonwealth Office*, *op. cit.* note 3, par. 173.

77 L'article 42, alinéa 1 de la Quatrième Convention de Genève dispose : « [L]internement ou la mise en résidence forcée des personnes protégées ne pourra être ordonné que si la sécurité de la Puissance au pouvoir de laquelle ces personnes se trouvent le rend absolument nécessaire ».



détention dans le PA II car elle était selon eux essentiellement un problème de droit interne<sup>78</sup>, la majorité des États a toutefois estimé qu'il était important d'en conserver l'actuel article 5. Lors de cette conférence, le CICR avait d'ailleurs confirmé, suite à une question du Royaume-Uni, que le projet d'article 5 du PA II rédigé par ses soins couvrait bien trois formes de détention, dont une de nature non judiciaire<sup>79</sup>.

Il existe ainsi plusieurs indices montrant que les États se sont bien réservés la faculté de procéder à la détention administrative en période de CANI. Ce pouvoir de recourir à la détention administrative a d'ailleurs été récemment réaffirmé lors de la 32<sup>e</sup> Conférence de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, dès le préambule de la résolution sur le renforcement de la protection des personnes privées de liberté en période de CANI<sup>80</sup>. Il semble en revanche que les États n'aient pas anticipé les interactions possibles entre les textes applicables aux CANI et les instruments de protection des droits de l'homme et qu'ils n'aient donc pas jugé utile de conserver l'ensemble des garanties initialement prévues dans le projet rédigé à l'époque par le CICR.

## Conclusions

Si la Cour recourait à la technique de l'interprétation systémique chaque fois qu'une situation de conflit armé lui était soumise, elle pourrait adapter les règles de l'article 2 de la Convention avec les règles du DIH applicables à la conduite des hostilités. Elle concilierait dès lors ces deux corps de règles, dans le plein respect de la jurisprudence de la C.I.J. relative à la nature complémentaire de la relation entre DIH et droit des droits de l'homme. Elle pourrait de la même manière faire entrer la détention administrative en période de CANI dans le champ d'application de l'article 5 – comme elle l'a fait à l'égard d'une situation de CAI dans l'arrêt *Hassan* et respecter ainsi le caractère particulier des règles du DIH applicables au traitement des personnes au pouvoir de l'ennemi, dont la plupart ne sont pas sous-tendues par une logique pénale et donc légaliste. À cet égard, il convient de noter que les accessoires de la détention de type judiciaire, que sont les contrôles d'identité ou les palpations de sécurité, ne sont d'ailleurs pas spécifiquement prévus ou encadrés par le DIH applicable à la détention administrative. Au terme d'une interprétation trop stricte de la Convention, des constats de violations multiples pourraient alors être dressés non plus seulement sur le terrain des articles 2 et 5 de la Convention, mais également sur celui de l'article 8, garantissant le droit au respect de la vie privée et familiale. Ceci au seul motif que

78 *Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, 1974-1977, vol. IV, p. 333, disponible sur : <https://www.legal-tools.org/doc/b96104/pdf/>.

79 *Ibid.*, p. 350, par. 10-17.

80 32<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Résolution 1, *Renforcement du droit international humanitaire protégeant les personnes privées de liberté*, 32IC/15/R1, Genève, 8-10 décembre 2015.

ce type de mesures, qui doivent pourtant parfois être effectuées pour des raisons de sécurité en période de conflit armé, seraient dépourvues d'une base légale explicite<sup>81</sup>.

Le recours à l'interprétation systémique ne préjugerait cependant pas des éventuels constats de violations des garanties énumérées à l'article 5 que la Cour pourrait par la suite dresser. En effet, pour entrer pleinement dans le champ de l'article 5, paragraphe 1 de la Convention, comme pour satisfaire ensuite aux exigences des paragraphes 2 et 4 de l'article 5<sup>82</sup>, il est certain que les protections et les garanties entourant la détention administrative lors d'un CANI devront être clarifiées et, en tout premier lieu, effectivement octroyées aux individus par les autorités de l'État procédant à des détentions administratives. La dernière réunion des États organisée dans le cadre de l'initiative du CICR visant à renforcer la protection juridique des personnes privées de liberté en relation avec un CANI, qui s'est tenue à Genève les 27 et 29 avril 2015, a permis de mesurer tout l'intérêt que la majorité d'entre eux accordent à ce sujet, comme leur volonté d'atteindre cet objectif<sup>83</sup>.

Pouvant être perçu par les spécialistes de DEDH comme une « capitulation<sup>84</sup> » devant le DIH, le recours à l'interprétation systémique par la CEDH semble pourtant être le seul moyen pour la Cour de ne pas ériger la Convention en *lex superior* par rapport au DIH, ce qui traduirait le cas échéant une absence de dialogue regrettable entre les juges de Strasbourg et ceux de La Haye.

81 L'article 8 de la CESDH prévoit en effet que toute ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale doit être « prévue par la loi ». Une base légale est ainsi requise pour que des ingérences dans le droit garanti à l'article 8 puissent être jugées compatibles avec la Convention. En vertu de la jurisprudence de la Cour, la base légale en question doit être suffisamment précise et contenir des mesures de protection contre l'arbitraire des autorités publiques. Lorsque la Cour considère que les pouvoirs qui leur étaient conférés n'étaient pas « prévus par la loi », elle considère qu'il convient de dresser un constat de violation, sans qu'il soit besoin d'examiner si ces mesures étaient « nécessaires ». Voir Louise Doswald-Beck, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 454.

82 Dans l'arrêt *Hassan c. Royaume-Uni*, la Cour a jugé que l'article 5 paragraphe 3 ne trouvait pas à s'appliquer, car le requérant n'avait pas été détenu dans les conditions prévues au paragraphe 1, c) de l'article 5, c'est-à-dire dans le cadre d'une détention à finalité judiciaire. Voir CEDH, *Hassan c. Royaume-Uni*, [Grande Chambre], *op. cit.* note 6, par. 106.

83 ICRC, *Detention in non-international armed conflict, Meeting of all States, Chair's Conclusions*, p. 3, disponible sur : <https://www.icrc.org/en/document/strengthening-compliance-ihl-meeting-all-states-geneva-switzerland-27-29-april-2015>.

84 Voir Nicolas Hervieu, *op. cit.* note 6, par. 72.