

L'interdépendance normative de plus en plus soutenue dans l'ordre juridique international¹ a très tôt conduit le juge européen à mettre en place une technique de gestion contentieuse des rapports de systèmes². S'il n'est pas inédit sur la question de l'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme dans conflit armé³, l'arrêt *Hassan*⁴ précise la régulation par le juge de Strasbourg des rapports entre le droit international humanitaire (DIH) et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). L'intérêt de cet arrêt réside en ce sens tant dans la logique d'interprétation ayant conduit à la solution formulée par la Grande chambre que sur les implications de celle-ci sur la cohérence interne du système européen de protection des droits de l'homme.

Les faits⁵ de l'espèce s'étant déroulés dans la « *phase d'hostilités actives du conflit* »⁶, la Grande chambre devait, comme l'y invitait l'État défendeur, se prononcer sur les interactions entre le DIH et la CEDH à l'occasion de l'examen des mesures d'internements prises par les forces britanniques à l'encontre de Tarek Hassan – le frère du requérant – malgré l'absence de demande de dérogation au titre de l'article 15 CEDH.

Suivant une méthode désormais constante d'interprétation conciliante de la Convention en cas de risques de conflit entre plusieurs allégeances⁷, la Cour a retenu une application simultanée de ces deux corps de règles. Une solution qui semble être dictée par la prise en compte des difficultés inhérentes aux opérations militaires extérieures. Ainsi, loin d'avoir capitulé devant le DIH⁸, la Grande chambre a fait preuve dans l'arrêt *Hassan* d'un pragmatisme interprétatif certain (I) dont les conséquences sont *prima facie* regrettables du point de vue de l'effectivité des droits garantis par la Convention (II).

I. Le pragmatisme opportun de la Grande chambre dans l'arrêt *Hassan*

Si les faits de l'espèce datent de 2003, l'arrêt *Hassan* livre des enseignements très actuels aux États déjà engagés ou appelés à l'être dans des opérations militaires extérieures. Le postulat

¹ Considérés comme le « (...) *centre névralgique des relations entre des ensembles institutionnels et/ou normatifs distincts* », les droits de l'homme – partant le droit international des droits – constituent l'unité de mesure par excellence de cette interdépendance normative. V. E. DUBOUT et S. TOUZE, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, pp. 11 – 35, spec. 13. V. également la thèse de S. TURGIS, *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Collection des « Publications de l'Institut international des droits de l'homme » (n°17), Paris, Pedone, 2012, 642 p.

² V. S. PLATON, « Le principe de protection équivalente – A propos d'une technique de gestion contentieuse des rapports de systèmes », in L. Potvin-Solis (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 463-494.

³ V. CEDH, G. C. Sect. 7 juillet 2011, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, Req. N°27021/08 ; *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, Req. n°55721/07 ; 2 mars 2010, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni* ; 20 novembre 2014, *Jaloud c. Pays-Bas*, Req. n°47708/08, etc.

⁴ CEDH, G. C., 16 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, Req. n°29750/09.

⁵ Arrêt commenté, §§ 8 – 24.

⁶ Arrêt commenté, § 71.

⁷ V. par exemple CEDH, G.C., 12 septembre 2012, *Nada c. France*, Req. n° §170.

⁸ N. HERVIEU, « La jurisprudence européenne sur les opérations militaires à l'épreuve du feu », *La Revue des droits de l'homme*, [en ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 20 octobre 2014, § 31 et s. [<http://revdh.revues.org/890>]. L'auteur voit dans l'interprétation conciliante de la Cour une logique de capitulation du droit de la CEDH devant le DIH. Pour un autre commentaire critique v. P. FRUMER, « Quand droits de l'homme et droit international humanitaire s'emmêlent – Un regard critique sur l'arrêt *Hassan c. Royaume-Uni* », *RTDH*, n°102, 2015, pp. 481-507.

de la prise en compte de cette réalité militaro-politique peut offrir une grille de lecture opportune de la solution formulée par la Cour tendant à garantir la conciliation du DIH et de la CEDH dans les conflits armés. C'était également l'occasion de confirmer et préciser les contours de l'applicabilité extraterritoriale de la CEDH.

A. La reconnaissance prévisible de l'applicabilité extraterritoriale de la Convention

Les faits s'étant déroulés en dehors du territoire d'application par principe⁹ de la Convention, la Cour se devait d'abord de vérifier si en l'espèce son application extraterritoriale pouvait être exceptionnellement¹⁰ envisagée. En appliquant les principes de l'arrêt *Al-Skeini*¹¹, la Cour juge que le frère du requérant était sous le contrôle et l'autorité des soldats britanniques à compter de sa capture jusqu'à sa libération¹². Pour ainsi établir la juridiction du Royaume-Uni, la Cour a dû préciser les contours de sa doctrine de l'application extraterritoriale de la CEDH.

D'abord, contrairement à la thèse d'une application cumulative des critères de la juridiction extraterritoriale défendue par le Royaume-Uni¹³, la Cour précise que ces critères sont alternatifs et qu'en l'espèce, le contrôle physique des soldats britanniques sur le frère du requérant, constituait un motif suffisant d'établissement de la juridiction du Royaume-Uni.

Ensuite, en écartant l'argumentation du Royaume-Uni selon laquelle la juridiction extraterritoriale ne devrait pas jouer pendant la phase d'hostilités actives du conflit, la Cour apporte une lumière bienvenue sur l'application temporelle de la Convention en pareille circonstance. En emboîtant le pas à la CIJ¹⁴, le juge européen estime que le DIH ne doit pas tenir en échec l'application de la CEDH quel que soit le moment du conflit.

B. Une solution garantissant la conciliation du DIH et de la CEDH

En invoquant le contexte et « *les réalités pratiques de la conduite d'hostilités actives dans un conflit armé international* »¹⁵, le Royaume-Uni, qui n'a pourtant effectué aucune demande de dérogation au titre de l'article 15, demandait à la Cour d'écarter ses obligations découlant de l'article 5 ou, *a minima*, de les interpréter à la lumière du DIH. Alors que cette condition formelle n'est pas remplie, la Cour accède à cette demande en livrant une interprétation systémique¹⁶ de la CEDH dont la vertu est de concilier les prescriptions de l'article 5 avec

⁹ V. entre plusieurs autres arrêts CEDH, 8 juillet 2004, *Iliascu et autres c. Moldova et Russie*, Req. n°, §312 ; Cour EDH, G.C., 12 décembre 2001, *Bankovic et autres c. Belgique et autres*, Req. 52207/99, §§ 61 et 67. Dans le même sens, v. CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004, §109.

¹⁰ V. entre autres arrêts : CEDH, 26 juin 1992, *Drozdz et Janousek c. France*, § 91 ; *Loizidou c. Turquie*, § 62.

¹¹ V. *Al-skeini et autres c. Royaume-Uni*, précité, §§ 130 – 142.

¹² Arrêt commenté, § 80.

¹³ Arrêt commenté, § 70.

¹⁴ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, précité, §106

¹⁵ Arrêt commenté, § 86.

¹⁶ L'interprétation systémique sur la base du paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne exprime « *l'objectif (...) selon lequel, quelle que soit leur matière les traités sont une création du système juridique international et leur application est fondée sur ce fait* ». Une telle approche est favorable à l'interpénétration des deux corps de normes. V. Rapport final du groupe d'étude de la Commission du Droit International, « La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, p. 211. V. également C. De KOKER, « A different Perspective on

celles du DIH. Si les implications de cette interprétation conciliante peuvent être discutables sur l'effectivité de l'article 5¹⁷, la méthode de raisonnement de la Cour n'est pas en soi contestable, car répondant à une vision systémique des rapports entre le DIH et la CEDH. À ce titre, le recours à l'article 31 §3 de la Convention de Vienne exprime pleinement cette volonté d'intégration systémique. Étant une création du système international, l'interprétation de la convention doit être fondée sur ce fait. De là, la Cour estime que si conformément à la jurisprudence de la CIJ¹⁸, les garanties énoncées par la Convention doivent continuer à s'appliquer même en cas de conflit armé international, celles-ci doivent autant que possible être interprétées à l'aune des règles du DIH. Et en l'espèce, l'absence de dérogation formelle au titre de l'article 15 ne peut empêcher d'interpréter et d'appliquer l'article 5 d'une manière harmonieuse avec le DIH d'autant plus qu'il existe en la matière une pratique¹⁹ des Etats membres lors de conflits armés internationaux consistant à s'abstenir de déroger aux obligations inhérentes à l'article 5.

II. Les implications importunes de l'interprétation conciliante : les limites du pragmatisme judiciaire

Les conséquences de l'interprétation conciliante sur la lettre des articles 5 et 15 portent à croire *a priori* que la Cour a cherché à « *réconcilier l'irréconciliable* »²⁰. Une objection qui n'est sans doute pas décisive au regard du contexte et de la logique de l'interprétation de la Cour.

A. La réécriture prétorienne de l'article 5 de la Convention

L'arrestation des combattants lors d'un conflit armé international ne constituant pas un des motifs de détention limitativement autorisés par l'article 5 §1, la Cour devait logiquement conclure à la violation de l'article 5 par le Royaume-Uni, faute pour ce dernier d'avoir exercé son droit de dérogation au titre de l'article 15. Mais en jugeant que même en l'absence d'une telle formalité, « *les motifs de privation de liberté autorisés exposés aux alinéas a) à f) de l'article 5 doivent, dans la mesure du possible s'accorder avec la capture de prisonniers de guerre et la détention de civils représentant un risque pour la sécurité sur la base des 3e et 4e Conventions de Genève* »²¹, la Cour aurait créé de manière prétorienne un nouveau motif non

Hassan v. United Kingdom : A Reply to Frederic Bernard », in *Strasbourg Observers*, mis en ligne le 14 octobre 2014. Pour l'auteur, la Cour a adopté une « *approche symbiotique* » lui permettant d'intégrer les deux ensembles normatifs afin d'appliquer le droit international humanitaire sous le prisme du droit international des droits de l'homme.

¹⁷ Voir *infra* Partie II.

¹⁸ V. les arrêts de la CIJ cités par la Cour : CIJ, « Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires », avis consultatif du 8 juillet 1996, *C.I.J. Recueil*, 1996, p. 240, § 25 ; « Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé », avis consultatif du 9 juillet 2004, *C.I.J. Recueil*, 2004, p. 178, § 106 ; « Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda) », arrêt du 19 décembre 2005, *C.I.J. Recueil* 2005, p. 243, § 216.

¹⁹ Arrêt commenté, § 101.

²⁰ Opinion en partie dissidente du juge Spano, à laquelle se rallient les juges Nicolaou, Bianku et Kalaydjieva, § 19.

²¹ Arrêt commenté, § 104.

écrit de privation de liberté²². Cette réécriture prétorienne de la Convention – quoique non inédite sous la plume de la Cour²³ – peut légitimement offusquer étant donné qu'elle est ici menée dans une logique restrictive²⁴ du droit à la liberté qui, selon une jurisprudence constante²⁵, doit toujours faire l'objet d'une interprétation étroite. Mais cette critique doit être modérée en ce sens que le principe d'interprétation étroite ne saurait empêcher le réalisme du juge européen pour apprécier *in concreto* la conventionalité des situations de privation de liberté. Les propos de la Cour dans l'arrêt *Austin c. Royaume-Uni* en sont une illustration. Sans nul doute par réalisme, la Cour y considère que le confinement d'une foule à l'intérieur d'un cordon de police au nom du maintien de l'ordre ne constitue pas une privation de liberté au sens de l'article 5²⁶. En outre, elle s'est montrée très réaliste, à plusieurs reprises²⁷, dans l'appréciation des obligations conventionnelles dans un contexte de conflit armé international d'autant plus qu'en l'espèce, si la Cour avait jugé qu'une privation de liberté imposée en vertu des pouvoirs conférés par le DIH était contraire à la Convention, les États se trouveraient privés d'un moyen incontournable dans la conduite des opérations militaires.

En revanche, consciente des limites du régime de privation de liberté des Conventions de Genève, la Cour s'est empressée d'en préciser les conditions de conventionalité : une telle privation de liberté doit être conforme aux règles du DIH et surtout poursuivre le même objectif que l'article 5 §1 à savoir la protection de l'individu contre l'arbitraire²⁸.

B. La neutralisation du mécanisme de dérogation de l'article 15

En jugeant qu'une privation de liberté en vertu des pouvoirs conférés par les Conventions de Genève était compatible avec la CEDH, et ce en l'absence de dérogation formelle au titre de l'article 15, la Cour, de l'avis de plusieurs commentateurs, a neutralisé l'effectivité du principal instrument d'articulation entre le DIH et la CEDH en cas de guerre. Il est surtout reproché à la Cour d'avoir assis son raisonnement pour les uns sur une « *omission* »²⁹ ou sur une « *pseudo coutume conventionnelle* »³⁰ pour les autres. S'il est tout à fait légitime de regretter les conséquences de l'interprétation conciliante sur l'effectivité et la cohérence des articles 5 et 15, les critiques d'ordre méthodologique du raisonnement de la Cour, notamment sur cette prétendue neutralisation de l'article 15, doivent être tempérées au moins à un double titre.

²² Opinion dissidente du juge Spano, § 18.

²³ *V. Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, précité, §120 ; *Soering c. Royaume – Uni*, § 103.

²⁴ Sur d'autres hypothèses d'interprétation restrictive dans la jurisprudence de la Cour EDH, v. A. ORAKHELASHVILI, « Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *EJIL*, 2003, Vol. 14, n° 3, pp. 529 – 568.

²⁵ V. entre autres plusieurs arrêts : CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, Req. n°CEDH, G. C., 19 février 2009, *A. et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 3455/05, § 171 ; CEDH, 4^e Sect. 29 novembre 2011, *A. et autres c. Bulgarie*, Req. n° 51776/08, § 64.

²⁶ CEDH, G. C., 15 mars 2012, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, Req. n°39692/09, § 57.

²⁷ *Jaloud c. Pays-Bas*, précité, § 226 ; *Al-Skeini et autres c. Royaume – Uni*, précité, § 168.

²⁸ Arrêt commenté, § 104.

²⁹ P. FREUMER, *op. cit.*, p. 491.

³⁰ G. GONZALEZ, « Jouissance comptable d'une « conscience » (un peu) malmenée. – A propos du rapport 2014 de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, n°8, 23 février 2015, p. ?

D'abord, l'on ne saurait réduire le substratum de la pratique suivie par les États au sens de l'article 31 exclusivement à une action positive sans méconnaître la nature polymorphe de la pratique en droit international³¹. En dehors de toute logique coutumière, la pratique suivie par les États peut résider à la fois dans une conduite active, passive, *praeter legem* voire *contra legem*. Sans nécessairement chercher à objectiver ladite pratique, l'interprète peut s'en inspirer pour déterminer le sens à donner à une clause d'un traité. C'est sans doute dans cette logique que s'inscrit ici la démarche méthodologique de la Cour.

Ensuite, on ne peut raisonnablement pas soutenir que la Cour avait l'intention de neutraliser, en toutes circonstances, l'effectivité de la clause de dérogation. D'autant plus qu'elle achève sa démonstration en rappelant que « *les dispositions de l'article 5 ne seront interprétées et appliquées à la lumière des règles pertinentes du DIH que si l'État défendeur le demande expressément* »³² et seulement à l'occasion d'un conflit armé international³³.

³¹ V. L. BOISSON de CHAZOURNES, « Qu'est-ce que la pratique en droit international ? », in S.F.D.I., *La pratique et le droit international*, Paris, Pedone, 2004, pp. 13 – 47. Dans le même sens voir, W. GORALCZYK, « Rapport général » in *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées suisses du 20-24 juin 1983, Paris, Economica, 1985, pp. 537 – 547.

³² Arrêt commenté, § 107.

³³ La *Court of Appeal of England and Wales* a d'ors et déjà appliqué cette solution lorsqu'elle a refusé à l'occasion de l'affaire *Mohammed vs Secretary of State* du 30 juillet 2015 d'étendre la portée de l'arrêt Hassan aux conflits armés non-internationaux. Pour une présentation de l'arrêt v. V. SOUTY, « Quelques réflexions à propos de l'arrêt Serdar Mohammed vs Secretary of State [2015] EWCA Civ 843 », *Fondamentaux.org*, 21 août 2015, [<http://www.fondamentaux.org/?p=623>]