

La jurisprudence européenne sur les opérations militaires à l'épreuve du feu

Droit européen des droits de l'homme et droit international humanitaire
(Art. 2, 3, 5 et 15 CEDH)

Nicolas Hervieu



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/890>

DOI : 10.4000/revdh.890

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Nicolas 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, consulté le 30 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/890> ; DOI : 10.4000/revdh.890

Ce document a été généré automatiquement le 30 avril 2019.

Tous droits réservés

La jurisprudence européenne sur les opérations militaires à l'épreuve du feu

Droit européen des droits de l'homme et droit international humanitaire
(Art. 2, 3, 5 et 15 CEDH)

Nicolas Hervieu

- 1 La Convention européenne des droits de l'homme « *ne s'arrête pas aux portes des casernes* »¹. Si l'adage strasbourgeois est désormais notoire, les juges européens ne se lassent pas de le décliner à l'envi. Récemment, la France en a ainsi fait les frais par deux arrêts qui ont abattu le mur symbolique de l'interdiction des syndicats dans l'armée². Cependant, l'indéniable emprise conventionnelle sur le corps militaire cesse-t-elle lorsque les troupes foulent le champ de bataille ? Pour être délicate, cette interrogation n'est aucunement inédite. En effet, l'histoire jurisprudentielle européenne est émaillée de contentieux ayant trait à des conflits armés, tant sur le territoire européen³ qu'au-delà de ses frontières⁴. Et l'avenir risque, hélas, de lui offrir beaucoup d'autres occasions en ce sens⁵. Ces multiples opportunités contentieuses n'ont pourtant pas permis à la Cour de dissoudre toutes les épineuses questions soulevées par l'application de la Convention aux conflits armés. Devant ces difficultés, la Cour a été contrainte de naviguer à vue et de modeler sa jurisprudence au fil des affaires portées dans son prétoire⁶.
- 2 Dans ce contexte, l'affaire *Hassan c. Royaume-Uni* recélaient de riches virtualités. Relative à l'arrestation et à la détention d'un irakien en avril 2003, elle posait effectivement des questions inédites, d'emblée confiées à la Grande Chambre⁷. Certes, l'intervention militaire menée en Irak à compter du printemps 2003 a déjà été scrutée par le regard strasbourgeois⁸. Mais à la différence des précédents *Al-Jedda* et *Al-Skeini*, les faits à l'origine du contentieux européen se sont cette fois déroulés au cours de « *la phase d'hostilités actives du conflit* ». Ainsi, « *pour la première fois de son histoire* », la Cour a été amenée à se « *prononcer explicitement sur les interactions entre le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme* » – enjeu qui retient actuellement toute l'attention du ministère français de la Défense⁹ –, « *ainsi que sur la mise en œuvre de la Convention européenne (...) dans le contexte d'un conflit armé international* »¹⁰.

- 3 Plus précisément encore, l'affaire *Hassan* exigeait que la Cour tranche enfin un enjeu crucial qu'elle a longtemps réussi à esquiver : **une « détention administrative » – ou internement pour motifs de sécurité – décidée par les autorités militaires au cours d'un conflit armé peut-elle être conforme à la Convention, en particulier à son article 5 qui protège le droit à la liberté et à la sûreté ?** A la seule lueur des textes conventionnels et de la jurisprudence européenne, une réponse négative s'imposait inéluctablement. Pourtant, il n'en fut rien. Aux termes d'un raisonnement pour le moins acrobatique, la formation solennelle a finalement cherché « à réconcilier l'irréconciliable »¹¹ en faisant quelque peu litière du texte conventionnel. Les juges européens ont donc pris le risque de graver dans le marbre jurisprudentiel un précédent qui porte en germes divers périls.
- 4 Inhabituelle et controversée. L'affaire *Hassan c. Royaume-Uni* l'est à de nombreux égards, tant les circonstances aux sources du contentieux sortent de l'ordinaire.
- 5 Au petit matin du 23 avril 2003, soit donc un mois après le début de l'invasion de l'Irak par les forces de la coalition armée sous le commandement unifié des États-Unis (§ 9), une unité de militaires britanniques s'est rendue au domicile d'un ancien responsable du régime de Saddam Hussein afin de l'arrêter (§ 10). L'intéressé était absent. Mais ils procédèrent à l'arrestation de son frère, dénommé Tarek Hassan, au motif qu'il avait été trouvé en position « de "tireur" posté sur le toit de la maison et armé d'un fusil d'assaut AK-47 » (§ 11). Il fut ensuite emmené au « Camp Bucca » près d'Umm Qasr (§ 14-15). Il fit l'objet des formalités d'usage, notamment l'enregistrement en qualité de « prisonnier de guerre ennemi » (§ 17-19). Au terme d'un « processus de filtrage » (§ 21) comportant un entretien avec des agents américains (§ 23-24), les autorités militaires affirmèrent l'avoir relâché le 25 avril à 17h (§ 26-28). Quelques mois plus tard, le 1^{er} septembre, le corps sans vie de Tarek Hassan fut retrouvé criblé de balles de fusil d'assaut AK-47. Manifestement, son décès était intervenu peu de temps avant la découverte de son corps (§ 29).
- 6 Comme souvent lorsque sont en cause les conditions dans lesquelles une personne se retrouve dans les mains des autorités, l'établissement exact des faits a donné lieu à de vives discussions. Et plus que jamais dans cette affaire, il revenait à la Cour européenne d'en être l'arbitre. Situation extrêmement rare, le dilemme factuel est en effet arrivé intact dans le prétoire strasbourgeois sans même avoir été examiné au préalable par une juridiction nationale. Car saisie en juillet 2009 par le frère de Tarek Hassan aux fins d'obtenir l'ouverture d'une enquête sur le rôle des troupes britanniques (§ 30), la High Court of Justice avait rejeté cette demande¹² au motif que « Tarek Hassan [n'a] à aucun moment relevé de la juridiction du Royaume-Uni au sens de l'article 1 de la Convention » (§ 31). A l'époque, la jurisprudence de la Chambre des Lords allait effectivement en ce sens, avant que la Cour européenne n'infirmes cette lecture dans ses arrêts *Al-Jedda* et *Al-Skeini* de juillet 2011¹³. Devant une telle impasse au plan interne, le frère de Tarek Hassan s'est donc tourné dès 2009 vers Strasbourg.
- 7 Dans ces conditions, à rebours de ses habitudes liées au principe de subsidiarité¹⁴, la Grande Chambre a donc été contrainte d'« assumer le rôle de juge du fait de première instance » (§ 47). Mais pour ce faire, la juridiction européenne n'était pas démunie. Elle a pu mobiliser **un ensemble de principes probatoires éprouvés**¹⁵. Ainsi, tout en affirmant qu'elle « apprécie des éléments de preuve » au moyen du « critère de la preuve "au-delà de tout doute raisonnable" » (§ 48), la Cour tempère cette assertion en affichant son droit de « libre appréciation de l'ensemble des éléments de preuve, y compris les déductions qu'elle peut tirer des faits et des observations des parties » (§ 48). Surtout, elle rappelle que « la procédure prévue

par la Convention ne se prête pas toujours à une application rigoureuse du principe affirmant *incumbit probatio* (la preuve incombe à celui qui affirme) » (§ 49), un aménagement de la charge de la preuve étant en particulier nécessaire « lorsque les événements en cause sont connus exclusivement des autorités » (§ 49). Il en est ainsi lorsqu'une personne se plaint d'atteintes à son intégrité alors qu'elle est privée de liberté. Dans ce cas, « il incombe au Gouvernement de fournir une explication plausible et satisfaisante de ce qui s'est passé dans ce lieu et de montrer que l'intéressé n'a pas été détenu par les autorités mais a quitté le lieu sans être par la suite privé de sa liberté » (§ 49).

- 8 A l'aide de ces principes probatoires, la Cour a donc tranché le désaccord factuel qui opposait les parties sur deux points. D'une part, elle considère que l'arrestation puis la détention de Tarek Hassan n'étaient pas motivées par le souhait des forces britanniques de faire pression sur son frère, mais s'expliquait par le fait que l'intéressé fut trouvé les armes à la main au matin du 23 avril 2003 (§ 51-54). D'autre part, la Grande Chambre « juge probable que ce dernier a été relâché à Umm Qasr ou à proximité de cette ville le 2 mai 2003 » (§ 55) sans qu'il ne puisse être établi qu'il « a été maltraité pendant qu'il se trouvait en détention » (§ 57).
- 9 Mais dissoudre ce désaccord factuel ne suffit pas à trancher le nœud gordien conventionnel. En effet, l'application des exigences européennes aux opérations militaires extérieures, en particulier en période d'hostilités actives, soulève de délicates questions. Or, à cet égard, c'est peu dire que dans son arrêt *Hassan*, la Grande Chambre souffle singulièrement le chaud et le froid.
- 10 Oscillant entre sa volonté de maintenir fermement l'emprise conventionnelle sur les opérations militaires, d'une part, et son souci de tenir compte des contingences des conflits, d'autre part, la Cour européenne des droits de l'homme persiste à confirmer **l'ample étendue de son contrôle, jusque sur le champ de bataille (1°)**. Mais parallèlement, la formation solennelle **atténue l'intensité de ce contrôle à l'épreuve du feu**, au point de concéder une inédite et spectaculaire réécriture des garanties liées au droit à la liberté et à la sûreté (2°).

1°/- Une étendue confirmée : La persistance de la protection conventionnelle sur le théâtre des opérations militaires

- 11 Pour paraphraser la célèbre saillie de Danton, même projetées au-delà des frontières nationales, les forces militaires emportent les obligations européennes à la semelle de leur rangers. Quand ce n'est pas dans le sillage de leur navire ou sous les ailes de leurs avions. En d'autres termes, la Convention européenne peut faire l'objet d'une application extraterritoriale lors des interventions militaires d'Etats parties hors de l'espace européen. Dans la jurisprudence strasbourgeoise, un tel constat n'est aucunement inédit. Mais avec une opportune fermeté, la Grande Chambre le rappelle dans son arrêt *Hassan (A)*. Surtout, la formation solennelle l'applique pour la première fois sur le terrain de l'article 5 et pour une « phase d'hostilités actives », en dépit des efforts britanniques pour se défaire d'une telle emprise conventionnelle (B).

A – Une prévisible confirmation : L'applicabilité extraterritoriale de la Convention aux opérations menées au-delà des frontières européennes

- 12 Une fois l'horizon factuel éclairci, les questions contentieuses soulevées par l'affaire *Hassan* apparaissaient en pleine lumière.
- 13 Mais pour ce qui est des griefs relatifs au **droit à la vie (Art. 2)** et à **l'interdiction de la torture (Art. 3)**, la Cour n'eût guère de mal à les écarter comme « *manifestement mal fondés* » (§ 64). En effet, pour les juges européens, « *rien ne permet de dire que Tarek Hassan ait subi en détention des mauvais traitements qui, en vertu de l'article 3, auraient obligé l'État (défendeur) à conduire une enquête officielle* » et « *rien ne prouve non plus que les autorités britanniques soient responsables, directement ou indirectement, du décès de Tarek Hassan, intervenu environ quatre mois après sa sortie de Camp Bucca, dans une partie lointaine du pays non contrôlée par les forces britanniques* » (§ 63).
- 14 Ce faisant, et sans surprise, la Grande Chambre conforte donc sa jurisprudence selon laquelle, en principe, les obligations dérivées des articles 2¹⁶ et 3¹⁷ de la Convention **peuvent s'appliquer sur le champ de bataille**¹⁸. Il en est ainsi, en particulier, de l'obligation d'enquête effective et officielle sur des allégations d'atteinte à la vie et à l'intégrité physique¹⁹ (§ 62).
- 15 Certes, la Cour a également confirmé qu'une telle application extraterritoriale est **exceptionnelle**, puisque « *la juridiction d'un État, au sens de l'article 1, est principalement territoriale* » (§ 74)²⁰. Autrement dit, la Convention s'épanouit d'abord « *dans un contexte essentiellement régional* » et son « *espace juridique* »²¹ se situe avant tout à l'intérieur des frontières européennes. Toutefois, **cette présomption de territorialité n'est en rien irréfragable**²² et ne cesse d'être assouplie, en particulier depuis le début de cette décennie²³. Pour la Cour, en effet, il importe d'éviter qu'un Etat partie puisse finalement être autorisé « *à commettre, en dehors de son territoire, des actes qui ne seraient jamais acceptés à l'intérieur de celui-ci* »²⁴. D'où une possible application extraterritoriale de la Convention « *dans des circonstances exceptionnelles* » (§ 74)²⁵.
- 16 Pour l'essentiel, une telle application conventionnelle au-delà des frontières européennes est envisageable dans deux situations conceptuellement distinctes, mais étroitement liées ²⁶. **D'une part**, il en est ainsi lorsque « *l'Etat, par le biais de ses agents, exerce son contrôle et son autorité sur un individu, et par voie de conséquence sa juridiction* » (§ 74)²⁷. Tel sera le cas, par exemple, durant une privation de liberté²⁸ et au-delà, lorsque les personnes concernées « *se sont trouvé(e)s sous le contrôle continu et exclusif, tant de jure que de facto, des autorités* »²⁹. **D'autre part**, « *lorsque, par suite d'une action militaire – légale ou non –, l'État exerce un contrôle effectif sur une zone située en dehors de son territoire* » (§ 74)³⁰, la « *juridiction* » de cet Etat – et donc le champ d'application de la Convention – s'étendra également à cette zone.
- 17 Or, en l'espèce et s'agissant des allégations d'atteinte à la vie, aucune de ces conditions n'était présente. La Grande Chambre juge en effet que « *faute du moindre élément établissant que des agents britanniques aient été impliqués dans ce décès, ou même que celui-ci soit survenu sur un territoire contrôlé par ce pays, on ne peut conclure que l'article 2 faisait obligation au Royaume-Uni d'enquêter* » (§ 63). A contrario, cela signifie donc – implicitement mais nécessairement – que tel aurait pu être le cas, en particulier si le décès était

intervenu sur un territoire effectivement contrôlé par le Royaume-Uni. Et ce, même si ses troupes n'étaient pas impliquées dans le décès, à la différence de l'affaire *Al-Skeini*³¹. En d'autres termes, la Grande Chambre signifie une fois encore que la prise de contrôle – de jure ou de facto – d'un territoire par un Etat partie implique que celui-ci est redevable de l'ensemble des obligations conventionnelles envers la population de ce territoire³². Ainsi, **la puissance occupante devient ipso facto une puissance protectrice**, même si l'intensité de cette obligation de protection demeure encore une question largement intacte à ce jour³³.

- 18 Quoiqu'il en soit, **l'idée même d'application extraterritoriale de la Convention semble donc désormais faire figure d'acquis conventionnel et jurisprudentiel**. A tel point que la Grande Chambre a littéralement éludé cette question sur le terrain de l'article 3 pour se concentrer directement sur le fond et juger que « rien ne permet de dire que Tarek Hassan ait subi en détention des mauvais traitements qui, en vertu de l'article 3, auraient obligé l'État à conduire une enquête officielle » (§ 63).
- 19 Pourtant, sur le terrain de l'article 5, le Gouvernement britannique a tenté d'endiguer cette vague jurisprudentielle en faveur de l'application extraterritoriale des droits conventionnels, si riche en potentialités multiples. Mais fort heureusement, cette résistance s'est avérée tout à fait vaine.

B – Une opportune novation : L'applicabilité extraterritoriale du droit à la liberté et à la sûreté même en « phase d'hostilités actives » d'un conflit

- 20 A milles lieux de la tradition si britannique de *fair play*, rejouer le match européen après le coup de sifflet final tend à devenir une habitude à Londres. En effet, après avoir cherché à prendre sa revanche sur la relative défaite subie lors de la Conférence de Brighton³⁴ ou sur l'arrêt *Hirst* à la faveur d'une autre affaire³⁵, le Gouvernement britannique a aussi souhaité saisir l'occasion de l'affaire *Hassan* pour limiter les riches potentialités ouvertes par les arrêts *Al-Skeini* et *Al-Jedda* de 2011. Une telle attitude était toutefois prévisible, tant ces arrêts ont eu un impact important outre-Manche³⁶ et cristallisent encore de vives critiques politiques³⁷, dans un contexte chaque jour plus tendu entre Londres et Strasbourg³⁸.
- 21 Ainsi, dans le prétoire de la Grande Chambre, le Gouvernement défendeur a fait valoir une série d'arguments qui tous aspiraient à réduire à portion congrue l'application extraterritoriale de la Convention. Et donc à soustraire autant que possible les opérations militaires extérieures à l'emprise européenne. Pour ce faire, le Gouvernement britannique a fait feu de tous bois. En particulier, non seulement il a tenté de restreindre la portée des arrêts *Al-Skeini* et *Al-Jedda* en faisant valoir qu'au lieu d'être alternatif, les critères d'application extraterritoriale – l'autorité et le contrôle d'un agent de l'État, d'une part, et le contrôle effectif sur un territoire d'autre part – seraient cumulatifs³⁹. Mais plus radicalement encore, les autorités britanniques ont été jusqu'à affirmer que « ce type de juridiction (extraterritoriale) ne joue pas pendant la phase d'hostilités actives d'un conflit armé international, lorsque les agents de l'État contractant en question agissent sur un territoire dont cet État n'est pas la puissance occupante » et que « pendant cette phase, le comportement de l'État contractant serait plutôt régi par l'ensemble des prescriptions du droit international humanitaire » (§ 71).

- 22 Mais manifestement, dans son arrêt *Hassan*, la Grande Chambre n'a pas été sensible à ce trésor d'inventivité argumentative et, avec fermeté, a opposé une fin de non-recevoir à ces tentatives.
- 23 **Premièrement**, la juridiction européenne confirme utilement que les critères d'application extraterritoriale sont bien alternatifs. Ou plus exactement, que la présence de l'un – l'exercice par un agent de l'Etat d'un contrôle et d'une autorité sur un individu – suffit à étendre la « *jurisdiction* » de l'Etat, sans qu'il soit nécessaire d'identifier au surplus l'exercice par l'Etat d'un contrôle effectif sur la zone extraterritoriale. N'en déplaise au Gouvernement britannique, c'est la conclusion à laquelle était déjà parvenue la Grande Chambre dans son arrêt *Al-Skeini* de 2011⁴⁰. Et c'est une issue identique que la formation solennelle entérine dans son arrêt *Hassan* de 2014.
- 24 La question du contrôle effectif par les troupes britanniques de la zone irakienne où fut détenu Tarek Hassan était certes plus délicate encore. Car à la différence de l'affaire *Al-Skeini*, l'affaire *Hassan* « *porte sur une période antérieure, qui s'est terminée avant que le Royaume-Uni et ses partenaires de la coalition ne prononcent la fin de la phase d'hostilités actives du conflit et ne déclarent être des puissances occupantes, et avant que le Royaume-Uni n'assume la responsabilité du maintien de la sécurité dans le sud-est de l'Irak* » (§ 75). Toutefois, « *comme dans l'arrêt Al-Skeini, la Cour ne juge (...) pas nécessaire de trancher la question de savoir si le Royaume-Uni contrôlait effectivement la zone pendant la période considérée car elle estime que Tarek Hassan relevait de la juridiction de ce pays pour un autre motif* » : en l'occurrence, le fait que « *Tarek Hassan s(e soit) trouvé physiquement sous le contrôle et le pouvoir de soldats britanniques (...) à compter de sa capture par (ces derniers) le 23 avril 2003 au matin* » (§ 76).
- 25 **Deuxièmement**, l'argument britannique selon lequel « *ce titre de juridiction (extraterritorial né la mainmise sur une personne) ne doit pas s'appliquer au cours de la phase d'hostilités actives d'un conflit armé international* » (§ 76) ne trouve pas davantage grâce aux yeux de la Grande Chambre. En particulier, elle refuse que le « *droit international humanitaire* » fasse obstacle à l'application des exigences de la Convention européenne. Car pour les juges, « *retenir la thèse du Gouvernement sur ce point serait incompatible avec la jurisprudence de la Cour internationale de justice, pour laquelle le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire peuvent s'appliquer simultanément* » (§ 76)⁴¹.
- 26 Après avoir balayé les derniers arguments britanniques relatifs au rôle des Etats-Unis dans la gestion du Camp Bucca⁴² ou au moment précis où Tarek Hassan fut déclaré libérable⁴³, la Grande Chambre conclut donc que l'intéressé a bien « *relevé de la juridiction du Royaume-Uni à partir de sa capture par des soldats britanniques à Umm Qasr le 22 avril 2003 et jusqu'à sa sortie de l'autocar dans lequel il avait été conduit de Camp Bucca au point de dépôt, selon toute vraisemblance Umm Qasr, le 2 mai 2003* » (§ 80).
- 27 Partant, à l'instar des obligations positives dérivées du droit à la vie et à l'interdiction de la torture, les exigences conventionnelles liées au droit à la liberté et à la sûreté s'imposaient irrémédiablement aux troupes britanniques, même déployées à 4 000 kilomètres de Londres et à 3 500 de Strasbourg.

*

- 28 Un tel constat d'applicabilité de la Convention sur le théâtre des opérations militaires menées en Irak au cours de l'année 2003 pourrait n'être que l'anecdotique confirmation d'une jurisprudence européenne acquise au moins depuis 2011. Il n'en est pourtant rien.

En butte à de vives résistances de la part de certains Etats, au premier rang desquels figure le Royaume-Uni, il est en effet crucial que la Grande Chambre ait ainsi fait preuve de fermeté⁴⁴ et qu'elle ait refusé toute réduction induite du champ d'application extraterritorial de la Convention. Et ce, même pour une phase d'hostilités actives d'un conflit armé international.

- 29 Résolument, la juridiction strasbourgeoise tâche donc autant que possible d'exclure tout angle mort dans la protection conventionnelle. En particulier, un Etat ne peut prétendre se libérer de ses obligations européennes en se réfugiant derrière un Etat tiers⁴⁵, une organisation internationale⁴⁶ ou même un autre corpus de règles internationales. Ainsi, par son arrêt *Hassan*, **la Grande Chambre affiche solennellement son refus officiel de voir la Convention européenne des droits de l'homme céder la place au droit international humanitaire.**
- 30 Toutefois, cette heureuse position de principe quant à l'étendue de la protection offerte par la Convention apparaît quelque peu en trompe l'œil. En effet, dans un second mouvement tout à fait spectaculaire, **la Cour européenne en vient à admettre, au titre de l'intensité de cette protection conventionnelle, la logique restrictive qu'elle avait pourtant décliné dans un premier mouvement.**

*

2°/- Une intensité atténuée : Entre conciliation et capitulation conventionnelle face au dilemme de la détention lors d'un conflit armé international

- 31 « *La Convention ne peut s'interpréter dans le vide mais doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles du droit international, dont elle fait partie intégrante* » (§ 76). Une telle antienne jurisprudentielle est fréquemment mobilisée par la Cour européenne, essentiellement pour justifier des solutions qui enrichissent les garanties conventionnelles⁴⁷ ou en élargissent la portée⁴⁸. Mais dans l'affaire *Hassan*, la Grande Chambre use de cette formule pour emprunter une toute autre direction.
- 32 Afin de trancher le dilemme des détentions au cours d'un conflit armé, les juges européens en viennent à littéralement désactiver des exigences pourtant imposées par la lettre même de la Convention, en particulier s'agissant du mécanisme de dérogation (A). Et ce, pour entériner un inédit assouplissement des garanties dérivées du droit à la liberté et à la sûreté, la logique du droit international humanitaire prenant singulièrement le pas sur celle de la Convention européenne dans le contexte des conflits armés internationaux (B).

A – Déroger au mécanisme de dérogation : Un inquiétant contournement de la lettre de la Convention européenne

- 33 Le dilemme était notoire : en soi, les arrestations et détentions de combattants au cours d'un conflit armé international – au sens du droit international humanitaire et en particulier des Conventions de Genève⁴⁹ – sont **radicalement incompatibles avec le texte de l'article 5.**

- 34 En 2014, la Grande Chambre le reconnaît d'ailleurs sans fards, en soulignant d'emblée « *qu'une détention décidée en vertu des pouvoirs conférés par les troisième et quatrième Conventions de Genève ne correspond à aucune des catégories énumérées aux alinéas a) à f) de l'article 5 § 1* » (§ 97). En effet, au sein de la « *liste exhaustive des privations de liberté autorisées* » – laquelle « *doit être interprétée de manière étroite* »⁵⁰ –, aucun des différents motifs textuellement prévus n'est susceptible de fonder la détention administrative ou l'internement pour motif de sécurité d'un combattant capturé au cours d'un conflit armé⁵¹.
- 35 Dans l'affaire *Al-Jedda* de 2011 relative à l'internement d'un civil irakien pendant plus de trois ans dans un camp à Bassorah (sud de l'Irak), la Grande Chambre était parvenue à une condamnation pour violation de l'article 5 sans avoir à trancher cette délicate question, le Royaume-Uni ayant choisi de se défendre en se prévalant – en vain – des directives onusiennes⁵². Mais avec l'affaire *Hassan*, la formation solennelle strasbourgeoise a dû enfin trancher le nœud gordien, d'autant que le Royaume-Uni a cette fois opté pour une autre stratégie argumentative bien plus frontale : « *pour la première fois, (il a été) demand(é) à la Cour de juger inapplicables (l)es obligations (étatiques) découlant de l'article 5 ou, autrement, de les interpréter à la lumière des pouvoirs d'incarcération que lui confère le droit international humanitaire* » (§ 99)⁵³.
- 36 Condamner l'Etat défendeur au motif que l'article 5 de la Convention n'autorise résolument pas la détention d'un combattant lors d'un conflit armé. Ou alors assouplir ce texte par voie prétorienne, afin qu'une telle hypothèse d'internement soit admise.
- 37 Ainsi présentée, l'alternative soumise à la Grande Chambre dans l'affaire *Hassan* est pourtant incomplète.
- 38 En effet, il n'est certes pas contestable que la Convention – conçue comme un instrument au service de la paix en Europe – a essentiellement été rédigée aux fins de protéger les droits et libertés en temps de paix. Cependant, les situations de crise n'ont pas été ignorées par les auteurs du texte européen. Afin que « *la Convention s'applique aussi bien en période de paix qu'en période de guerre* »⁵⁴, la Convention prévoit en son article 15 la possibilité d'une dérogation aux droits et libertés⁵⁵ « *en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation* ».
- 39 Or, la Grande Chambre indique elle-même explicitement être « *consciente que l'internement en temps de (guerre)*⁵⁶ *ne cadre pas avec le régime des privations de liberté fixé par l'article 5 de la Convention, sauf si le pouvoir de dérogation prévu par l'article 15 est exercé* » (§ 104)
- 40 Après avoir douté de l'applicabilité extraterritoriale d'une telle clause de dérogation⁵⁷, la Cour a d'ailleurs laissé cette éventualité ouverte dans son arrêt *Al-Jedda*⁵⁸. Ainsi, en 2014, il était loisible à la Grande Chambre de conclure qu'un internement au cours d'un conflit armé international n'est pas en soi voué à violer la Convention, **si toutefois l'Etat défendeur a pris la peine d'exercer son droit à dérogation** selon la procédure fixée à l'article 15 § 3⁵⁹. Et en l'espèce, faute d'avoir « *cherché à déroger, sur la base de l'article 15, à l'une quelconque de ses obligations découlant de l'article 5* » (§ 98), le Royaume-Uni ne pouvait qu'être condamné du fait de l'arrestation et de la détention d'un homme en qualité de « *prisonnier de guerre ennemi* ».
- 41 Cette solution n'a toutefois pas reçu les faveurs des juges majoritaires de la formation solennelle.
- 42 Prenant acte de l'**existence d'une « pratique des Hautes Parties contractantes (qui) est de ne pas notifier de dérogation** à leurs obligations découlant de l'article 5 lorsqu'elles incarcèrent

des personnes sur la base des troisième et quatrième Conventions de Genève en période de conflit armé international » (§ 101), la Cour en déduit une conclusion tout à fait spectaculaire.

- 43 A l'aune de la « règle générale d'interprétation » fixée par l'article 31 de la Convention de Vienne du 23 mars 1969 sur le droit des traités, en particulier en son paragraphe 3 (§ 100), les juges européens ont effectivement estimé « qu'une pratique constante de la part des Hautes Parties contractantes, postérieure à la ratification par elles de la Convention, peut passer pour établir leur accord non seulement sur l'interprétation à donner au texte de la Convention mais aussi sur telle ou elle modification de celui-ci » (§ 101). Or, à leurs yeux, **il en serait ainsi de la pratique de non dérogation.**
- 44 En d'autres termes, faute d'avoir été utilisée par le passé dans le cadre des conflits armés internationaux, la clause de l'article 15 ne saurait être regardée comme un passage obligé pour les Etats parties désireux d'obtenir un assouplissement des exigences conventionnelles lors d'une intervention militaire relevant d'un conflit armé international.
- 45 Une telle lecture prête toutefois singulièrement le flanc à la critique.
- 46 En effet, outre qu'il est douteux qu'une simple abstention – de recourir à un mécanisme – puisse réellement passer pour « un accord des parties à l'égard de l'interprétation » du texte européen au sens de l'article 31 de la Convention de Vienne⁶⁰, il est surtout regrettable que la Grande Chambre ait créé un dangereux et inédit précédent : elle accepte qu'une pratique étatique convergente fonde et justifie une interprétation restrictive des garanties conventionnelles⁶¹, et non, comme ce fut le cas par le passé⁶², afin de retenir « une interprétation plus extensive ou généreuse » des droits fondamentaux⁶³.
- 47 C'est pourtant cette même logique restrictive – à rebours tant du libellé du texte conventionnel que de la philosophie protectrice de la jurisprudence européenne – qui est à l'œuvre pour assouplir également les exigences du droit à la liberté et à la sûreté dans le contexte d'un conflit armé international.
- 48 Or, pour ce faire, faute de pouvoir identifier « entre les Hautes Parties contractantes (un) accord ultérieur sur l'interprétation à donner à l'article 5 en cas de conflit armé international » (§ 101) au sens du paragraphe 3 b)⁶⁴ de l'article 31 de la Convention de Vienne, c'est vers son paragraphe 3 c)⁶⁵ de ce texte que la Grande Chambre va se tourner.

B – Libérer des contraintes de la privation de liberté : Un notable assouplissement conventionnel à la lumière du droit international humanitaire

- 49 « La Convention doit être interprétée en harmonie avec les autres règles du droit international, dont elle fait partie » (§ 102). Une fois encore, ce principe interprétatif n'est aucunement inédit sous la plume de la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁶, notamment concernant le droit international humanitaire⁶⁷. Mais en 2014, les conséquences contentieuses que la Grande Chambre en dérive n'en sont pas moins retentissantes, et même détonantes.
- 50 Dans son arrêt *Hassan*, la formation solennelle refuse certes d'user de la « doctrine *lex specialis*, qui a été mobilisée par le passé pour gérer l'interaction entre le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme »⁶⁸. En d'autres termes, la Cour estime qu'il n'y a pas lieu d'écarter en soi la Convention européenne au profit des règles

du droit international humanitaire, lesquelles sont spécifiquement conçues pour les conflits armés internationaux.

- 51 A cette doctrine de la *lex specialis*, la juridiction européenne préfère **la doctrine de la coexistence** entre les deux corpus de règles. Plus précisément, il est jugé qu'« *il y a des raisons particulièrement convaincantes d'interpréter la Convention en harmonie avec le droit international humanitaire* » (§ 102). En soi, il est difficile de contredire une telle assertion, en particulier pour l'affaire d'espèce, tant il est vrai que « *les dispositions des troisième et quatrième Conventions de Genève en matière d'internement, qui sont ici en cause, ont été conçues pour protéger les combattants capturés et les civils représentant une menace pour la sécurité* » (§ 102). Dès lors, l'examen de ces textes par la Cour peut s'avérer tout à fait instructif à l'heure d'appliquer l'article 5 de la Convention dans le contexte extraterritorial d'un conflit armé international.
- 52 Mais si nul ne peut s'offusquer d'une telle consultation du droit international humanitaire, plus discutable est le rôle que la Grande Chambre lui assigne dans le présent contentieux. En effet, en jugeant que « *l'absence de dérogation formelle au titre de l'article 15 ne l'empêche pas de tenir compte du contexte et des règles du droit international humanitaire pour interpréter et appliquer l'article 5 en l'espèce* » (§ 103), **la Cour s'autorise à procéder à une réécriture prétorienne d'une disposition expresse du texte conventionnel**. Et ce, dans un sens moins protecteur.
- 53 Ainsi, la Grande Chambre estime que « *du fait de la coexistence en période de conflit armé des garanties offertes par le droit international humanitaire et de celles offertes par la Convention, les motifs de privation de liberté autorisés exposés aux alinéas a) à f) de l'article 5 doivent, dans la mesure du possible, s'accorder avec la capture de prisonniers de guerre et la détention de civils représentant un risque pour la sécurité sur la base des troisième et quatrième Conventions de Genève* » (§ 104). Autrement dit, la Cour crée littéralement « *de manière prétorienne un nouveau motif non écrit de privation de liberté* »⁶⁹.
- 54 Ce faisant, et pour la première fois de son histoire, **la Cour brise deux principes clefs que sa jurisprudence a toujours pourtant défendu avec vigueur** au titre du droit à la liberté et à la sûreté : d'une part, « *les alinéas a) à f) de (l'article 5)⁶⁸ contiennent une liste exhaustive des exceptions au droit à la liberté* » ; d'autre part, « *seule une interprétation étroite de celles-ci soit compatible avec les buts poursuivis par cet article* »⁷⁰.
- 55 A l'évidence, la Grande Chambre est parfaitement consciente de son audace, puisqu'elle tâche immédiatement d'en borner l'ampleur. En particulier, elle précise que « *ce ne peut être qu'en cas de conflit armé international, lorsque la faculté de prendre des prisonniers de guerre et de détenir des civils représentant une menace pour la sécurité est un attribut reconnu du droit international humanitaire, que l'article 5 peut être interprété comme permettant l'exercice de pouvoirs aussi étendus* » (§ 104). Ainsi, ce n'est qu'après avoir jugé que « *la situation qui régnait dans le sud-est de l'Irak à la fin du mois d'avril et au début du mois de mai 2003 se défini(t) comme une occupation ou comme un conflit armé international actif* » (§ 108), que la Cour estime – à l'aune des circonstances de l'espèce – que Tarek Hassan « *pouvait être incarcér(é) en tant que prisonnier de guerre, ou (...) pour d'impérieuses raisons de sécurité, l'un et l'autre cas constituant des motifs légitimes de capture et de détention* » au sens des troisième et quatrième Conventions de Genève (§ 109). Et donc, au sens de l'article 5 de la Convention.
- 56 Même limité au théâtre des conflits armés internationaux, le saut jurisprudentiel n'en est pas moins considérable et contestable⁷¹.

- 57 Manifestement, la Cour a souhaité sacrifier les garanties expresses de l'article 5 sur l'autel des nécessités pratiques liées aux opérations militaires menées dans le cadre d'un conflit armé international. A cet égard, la philosophie qui irrigue l'arrêt *Hassan* fait singulièrement écho à un autre récent et funeste précédent. Dans son arrêt *Austin c. Royaume-Uni* de 2012, la Grande Chambre n'avait pas hésité à briser un véritable tabou jurisprudentiel, en tenant compte du but d'ordre public d'une mesure – le confinement durant une manifestation ou « *kettling* » – pour refuser de qualifier celle-ci de mesure privative de liberté au sens de l'article 5⁷². Au lendemain de l'arrêt *Austin*, une telle « *rem (ise) en cause (de) l'une des clefs de voûte de la jurisprudence européenne dédiée à la protection du droit à la liberté et à la sûreté* » avait suscité l'inquiétude⁷³. Car toute brèche ouverte dans le dispositif de l'article 5 – qui, pour reprendre les propos critiques co-signés à l'époque par le Président Spielmann⁷⁴, « *ménage, dans son libellé même, le juste équilibre inhérent à la Convention entre l'intérêt public et le droit à la liberté de l'individu, en limitant expressément les buts qu'une privation de liberté peut légitimement poursuivre* »⁷⁵ – fragilise l'édifice de protection conventionnelle tout entier. Or, **selon la logique de la pente glissante, une telle brèche ouvre la voie à d'autres exceptions, au risque que l'exceptionnel devienne le droit commun**. S'il ne saurait être question de réduire l'arrêt *Hassan* à cette seule explication, force est néanmoins de relever combien les similitudes avec l'arrêt *Austin* sont troublantes.
- 58 Certes, juger que la détention de prisonniers de guerre et de civils lors d'un conflit armé international ne heurte pas en soi l'article 5 de la Convention n'est aucunement synonyme de blanc seing européen. Car l'intégration forcée d'une telle privation de liberté dans le champ conventionnel revient aussi à soumettre celle-ci aux exigences du droit à la liberté et à la sûreté.
- 59 Ainsi, et **en premier lieu**, « *une privation de liberté imposée en vertu des pouvoirs conférés par le droit international humanitaire doit être "régulière" pour qu'il n'y ait pas violation de l'article 5 § 1* », ce qui signifie que ladite détention « *doit être conforme aux règles du droit international humanitaire et, surtout, au but fondamental de l'article 5 § 1, qui est de protéger l'individu contre l'arbitraire* » (§ 105). **En second lieu**, la personne privée de liberté dans ces circonstances peut jouir des « *garanties procédurales* » fixées par le texte conventionnel, notamment le droit d'être promptement informé des raisons de son arrestation (Art. 5 § 2) et le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue à bref délai sur la légalité de sa détention (Art. 5 § 4).
- 60 Toutefois, la logique dérogatoire qui irrigue l'ensemble du raisonnement européen resurgit bien vite, la Grande Chambre soulignant aussitôt « *que dans le cas d'une détention intervenant lors d'un conflit armé international, l'article 5 §§ 2 et 4 doit être interprété d'une manière qui tienne compte du contexte et des règles du droit international humanitaire applicables* » (§ 106). Ce n'est certes pas la première fois que les circonstances particulières d'une arrestation – en particulier dans un contexte extraterritorial – donnent lieu à des ajustements ponctuels⁷⁶. Mais dans la présente affaire, la Cour indexe littéralement l'ensemble des garanties procédurales des articles 5 §§ 2 et 4 sur les règles du droit international humanitaire.
- 61 Ainsi, en visant les Conventions de Genève, la Cour énonce que « *l'État contractant (peut) être réputé avoir satisfait à ses obligations découlant de l'article 5 § 4 dans ce contexte* » d'un conflit armé international si la régularité de la détention est examinée non pas nécessaire par un tribunal indépendant, mais par un « *organe compétent* » (qui) offre, en matière d'impartialité et d'équité de la procédure, des garanties suffisantes pour protéger contre

l'arbitraire » (§ 106). Et ce, « *peu après l'incarcération* », sachant qu'un tel examen devra « *être ultérieurement suivie de révisions fréquentes, de manière à garantir qu'un détenu qui ne relèverait d'aucune des catégories d'internement possibles en droit international humanitaire soit libéré sans retard injustifié* » (§ 106). Mais la garantie de prompt présentation devant un juge est quant à elle totalement écartée (§ 106 *in fine*).

- 62 Par la grâce de ces garanties du droit international humanitaire, il est certes indéniable qu'un prisonnier de guerre ou un civil détenu lors d'un conflit armé international ne saurait être plongé impunément dans l'arbitraire. Il y a même lieu de se féliciter qu'en maintenant formellement l'emprise conventionnelle sur les opérations militaires, jusque dans le contexte d'un tel conflit international, **la Grande Chambre confère une louable effectivité à ces garanties dérivées du droit international humanitaire**. En effet, toute violation de ces garanties pourra être sanctionnée par les juridictions nationales en leur qualité de juge de droit commun de la Convention. Et *in fine*, par la Cour européenne des droits de l'homme.
- 63 Toutefois, beaucoup d'incertitudes demeurent encore à ce jour⁷⁷. Assez lapidaire, l'examen mené en l'espèce n'apporte d'ailleurs guère de précisions à ce sujet. Pour écarter tout constat de violation de l'article 5 (§ 111), la Cour se borne à noter qu'au regard des circonstances de l'espèce, « *la capture et la détention de Tarek Hassan étaient conformes aux pouvoirs dont jouissait le Royaume-Uni en vertu des troisième et quatrième Conventions de Genève et dépourvues d'arbitraire* » (§ 110). Mais elle s'abstient d'examiner en détail les garanties procédurales au cours de la détention⁷⁸ au motif que l'intéressé a été « *jugé libérable et (a) été physiquement libéré quelques jours après avoir été conduit au camp* » (§ 110).
- 64 Dès lors, si en renvoyant largement aux règles du droit international humanitaire, la Grande Chambre avait pour ambition de forger un guide conventionnel clair à destination des Etats parties initiant des opérations militaires dans le cadre d'un conflit armé international, il y a fort à parier que cet espoir sera déçu⁷⁹. Et que, selon toute vraisemblance, les contentieux nés sur le champ de bataille continueront d'affluer vers le prétoire strasbourgeois.

*

**

En guise de conclusion : Un droit européen des droits de l'homme devenu simple pavillon de complaisance du droit international humanitaire ?

- 65 Ni exclusion, ni capitulation. Mais une conciliation. Telle serait la posture du droit européen des droits de l'homme face au droit international humanitaire dans le contexte des conflits armés internationaux.
- 66 Plus précisément, dans son arrêt *Hassan*, la Grande Chambre de la Cour européenne énonce que « *même en cas de conflit armé international, les garanties énoncées dans la Convention continuent de s'appliquer, quoiqu'en étant interprétées à l'aune des règles du droit international humanitaire* » (§ 104). Dès lors, officiellement, la Convention européenne

constituerait toujours l'instrument de référence et le support exclusif du contrôle juridictionnel, même si ce texte est éclairé par un autre corpus normatif tiré essentiellement des Conventions de Genève.

- 67 Mais ce discours strasbourgeois ne parvient pas à masquer que ce dogme de la persistance conventionnelle est quelque peu illusoire. Et qu'à tout le moins, la réalité est bien plus nuancée.
- 68 Au mieux, selon certains observateurs, la juridiction strasbourgeoise a opté pour une « *“approche symbiotique”, qui intègre les deux corpus normatifs en appliquant le droit international humanitaire sous le prisme du droit international des droits de l'homme et qui, dans une certaine mesure, mêle ensemble les deux groupes de règles* »⁸⁰.
- 69 Toutefois, il semble que « *cette méthode consistant à “accorder” les droits de la Convention* »⁸¹ avec le droit international humanitaire aille bien plus loin encore, si l'on en juge par **les effets inédits et tout à fait considérables qu'a suscité l'usage d'une telle méthode interprétative dans l'affaire Hassan** : désactivation du mécanisme de dérogation prévu à l'article 15 ; extension prétorienne de la liste pourtant exhaustive des motifs de privation de liberté fixée à l'article 5 § 1 ; assouplissement et même contournement des garanties procédurales prévues par le texte même de l'article 5...
- 70 A de nombreux égards, donc, la Convention **formellement** évoquée comme support du contrôle européen tend – dans le contexte d'un conflit armé international – à n'être plus qu'un pavillon de complaisance ou une façade derrière laquelle s'affirme et s'applique **matériellement** le droit international humanitaire.
- 71 Certes, la Cour a fermement et opportunément refusé que la Convention européenne soit déclarée inapplicable « *au cours de la phase d'hostilités actives d'un conflit armé international* » (§ 76). Mais à l'aune de la manière dont l'article 5 de la Convention a ensuite été appliqué par la même Cour, il est difficile de ne pas donner raison au juge Spano lorsqu'il souligne que « *cette nouvelle méthode de l'“accord” ne saurait être appliquée d'une manière qui aurait concrètement les mêmes effets juridiques que la non-application* » de la Convention, mais que tel est pourtant le résultat auquel parvient la majorité⁸².
- 72 **Loin de la logique de conciliation affichée, c'est bien plus une logique de dépendance, voire de capitulation**, qui semble gouverner les rapports entre droit européen des droits de l'homme et droit international humanitaire à l'occasion des conflits armés internationaux.
- 73 Bien sûr, la solution européenne tente de répondre à un indéniable dilemme : la radicale incompatibilité avec l'article 5 de l'internement dans le cadre d'un conflit international.
- 74 Mais **d'une part**, contrairement à d'autres récentes affaires, la présente situation contentieuse ne faisait nullement apparaître un conflit entre deux engagements antagonistes – l'un conventionnel, l'autre international – qu'un même État partie ne pouvait simultanément honorer sauf à violer l'un d'eux⁸³. En effet, dans l'affaire *Hassan*, ce n'est pas en se soumettant au droit international humanitaire que le Royaume-Uni s'est placé en porte-à-faux de ses obligations conventionnelles. Simplement, en privant de liberté un combattant au cours du conflit, les autorités britannique ont froissé l'article 5, alors que cette pratique était **permise** – et non imposée – par le droit international humanitaire⁸⁴.
- 75 Or, cette nuance est moins byzantine et anecdotique qu'il n'y paraît.

- 76 Lorsqu'une situation de conflit entre obligations antagonistes surgit, il est évident que l'Etat partie fait face à un dilemme insoluble qui s'impose à lui et qui ne saurait donc lui être reproché. Pourtant, même dans ce cas, la Grande Chambre n'a pas hésité en 2012 à faire peser sur l'Etat une véritable « *obligation de bonne harmonisation* » afin que l'Etat partie soit toujours – ou presque – comptable de l'obligation de respect de la Convention⁸⁵.
- 77 Cependant, cette sévérité strasbourgeoise qui aspire à maintenir coûte que coûte l'intégrité de la protection conventionnelle ne se retrouve pas en 2014 dans l'arrêt *Hassan*. Et ce, alors même qu'il est plus aisé d'attirer la responsabilité de l'Etat partie, puisque **le droit international ne le contraignait pas à agir au mépris de la Convention**⁸⁶. Faisant littéralement volte-face, c'est désormais la Cour européenne elle-même qui se sent obligée d'aligner les exigences conventionnelles sur un corpus de règles – le droit international humanitaire – au surplus moins protecteur. Dans ces conditions, et en l'absence de véritable antagonisme des obligations internationales, il est difficile de comprendre ce qui justifie l'affirmation selon laquelle « *la Cour doit s'attacher à interpréter et appliquer la Convention d'une manière qui soit compatible avec le cadre du droit international ainsi délimité par la Cour internationale de justice* » (§ 102).
- 78 En définitive, cette « *obligation* » que s'impose la Cour européenne n'est pas due à un irréductible conflit de normes, mais procède du souci des juges strasbourgeois de ne pas priver les Etats parties d'un outil – l'internement – souvent indispensable à l'efficacité des opérations militaires, mais aussi à la sécurité des troupes engagées, ainsi qu'à celle des civils présents dans la zone de conflit.
- 79 En soi, nul ne saurait en faire le reproche à la Cour européenne des droits de l'homme. Il est au contraire heureux que celle-ci ait toujours tâché de tenir compte des contingences des opérations militaires, afin d'appliquer la Convention avec discernement⁸⁷. Mais **dans la jurisprudence européenne, cette posture compréhensive allait toujours de pair avec la persistance des obligations conventionnelles**⁸⁸.
- 80 Or, en substance, tel n'est pas l'attitude retenue par la Grande Chambre dans son arrêt *Hassan*. Et ce, alors qu'une autre voie était parfaitement envisageable pour tenir compte des contingences liées aux conflits armés internationaux, sans sacrifier la lettre du texte conventionnel.
- 81 En effet, et **d'autre part**, le mécanisme de dérogation prévu à l'article 15 de la Convention a été bien vite écarté par la Grande Chambre. Ceci, au motif – en soi discutabile⁸⁹ – que les Etats parties n'y recourraient pas en pratique à l'heure de prendre part à un conflit armé international. Cependant, à aucun moment la Cour n'a jugé que ce dispositif était en soi inapplicable et inadéquat⁹⁰. Et pour cause.
- 82 De fait, **non seulement** il serait parfaitement loisible aux Etats parties qui ont l'intention de s'engager dans une opération militaire liée à un conflit international de notifier au secrétaire général du Conseil de l'Europe leur souhait d'exercer ce droit de dérogation, conformément à la procédure fixée à l'article 15⁹¹. Au demeurant, une telle formalité a déjà été accomplie par le passé à propos de conflits et troubles sur le territoire européen⁹². Surtout, à l'avenir, il n'est pas exclu que les Etats parties soient contraints d'y avoir recours pour mener des interventions militaires hors du territoire européen, si ces opérations ne relèvent pas d'un conflit armé international couvert par le droit international humanitaire⁹³.

- 83 Il est d'ailleurs éloquent que dans son arrêt *Hassan*, la Grande Chambre n'ait pas totalement écarté la « *logique déclarative* » qui irrigue l'article 15. En effet, elle souligne que « *les dispositions de l'article 5 ne seront interprétées et appliquées à la lumière des règles pertinentes du droit international humanitaire que si l'État défendeur le demande expressément. La Cour n'a pas à présumer qu'un État entend modifier les engagements qu'il a pris en ratifiant la Convention s'il ne l'indique pas clairement* » (§ 107).
- 84 **De plus**, et surtout, le déclenchement du dispositif de dérogation prévu à l'article 15 permettrait de parvenir à un résultat tout à fait comparable à celui auquel parvient la Grande Chambre dans son arrêt *Hassan*. Mais il aurait l'insigne avantage de rendre inutile toute réécriture prétorienne des textes conventionnels, exercice ô combien périlleux.
- 85 En effet, à l'exception des droits indérogeables⁹⁴, l'article 15 permet à « *toute Haute Partie contractante (de) 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* ».
- 86 La seule lecture de ce texte atteste qu'une telle voie aurait aisément permis de « *réconcilier l'irréconciliable* »⁹⁵ : **permettre aux Etats engagés dans une opération militaire de recourir à l'internement, par dérogation temporaire à l'article 5**. Et ce, sous le contrôle permanent de la Cour européenne des droits de l'homme, tant pour « *vérifier que les conditions de fond et de forme présidant à la mise en œuvre de l'article 15 sont satisfaites* »⁹⁶ que pour déterminer si les mesures privatives de liberté n'ont pas excédé le strict nécessaire⁹⁷. A cet égard, puisque l'article 15 prévoit expressément que les mesures dérogoire ne doivent pas être « *en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international* », la Cour européenne serait tout à fait en mesure de maintenir le postulat de principe qui fonde l'ensemble de la solution retenue dans l'affaire *Hassan* : « *même en cas de conflit armé international, les garanties énoncées dans la Convention continuent de s'appliquer, quoiqu'en étant interprétées à l'aune des règles du droit international humanitaire* » (§ 104).
- 87 Une procédure plus transparente et prévisible, sous le contrôle constant de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle pourrait *in fine* mobiliser le droit international humanitaire au soutien de son examen et ainsi adapter les exigences conventionnelles aux spécificités des conflits armés internationaux. Le tout, sans jamais avoir à fouler aux pieds le texte de la Convention.
- 88 Au bilan, et à notre sens, les avantages du dispositif de dérogation – « *mécanisme plus robuste pour la protection des droits* »⁹⁸ dans ce contexte très précis des conflits armés hors du territoire européen – l'emportent donc de loin sur ceux de l'« *approche symbiotique* » retenue par la Grande Chambre dans son arrêt *Hassan c. Royaume-Uni*.
- 89 Bien sûr, opter pour la première voie aurait contraint la Grande Chambre à condamner le Royaume-Uni⁹⁹. Or, une telle issue aurait pu ouvrir la voie à d'autres sanctions en série, du plus mauvais effet à l'heure où la menace d'une dénonciation par le Royaume-Uni de la Convention européenne des droits de l'homme n'a jamais été aussi précise¹⁰⁰.
- 90 Mais puisque Londres – essentiellement tournée vers ses enjeux politiques internes¹⁰¹ – est bien plus prompte à prendre toute concession européenne pour une faiblesse¹⁰² et toute condamnation strasbourgeoise pour une provocation¹⁰³, qu'il nous soit permis de douter que le jeu diplomatique en vaille la chandelle conventionnelle.

*

91 **Cour EDH, G.C., 16 septembre 2014, Hassan c. Royaume-Uni, Req. n° 29750/09 – Communiqué**

*

Jurisprudence liée :

- Sur l'application de la Convention aux opérations militaires et aux situations de conflits : Cour EDH, G.C. Sect. 7 juillet 2011, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 55721/07, § 168 – ADL du 10 juillet 2011 ; Cour EDH, G.C. Sect. 7 juillet 2011, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, Req. n° 27021/08, § 100 – ADL du 10 juillet 2011 ; Cour EDH, G.C. 21 octobre 2013, *Janowiec et autres c. Russie*, Req. n° 55508/07 et 29520/09 – Communiqué ; Cour EDH, G.C. 18 juillet 2013, *Maktouf et Damjanović c. Bosnie-Herzégovine*, Req. n° 2312/08 – Communiqué ; Cour EDH, G.C. 17 mai 2010, *Kononov c. Lettonie*, Req. n° 36376/04 – ADL du 18 mai 2010.
- Sur l'application extraterritoriale de la Convention : Cour EDH, 5^e Sect. 27 juin 2013, *Vassiss et autres c. France*, Req. n° 62736/09, § 121-125 – ADL du 1er juillet 2013 ; Cour EDH, 4^e Sect. 16 avril 2013, *Aswat c. Royaume-Uni*, Req. n° 17299/12 – ADL du 18 avril 2013 ; Cour EDH, G.C. 13 déc. 2012, *El-Masri c. Ex-République Yougoslave de Macédoine*, Req. n° 39630/09 – ADL du 24 décembre 2012 ; Cour EDH, G.C. 12 septembre 2012, *Nada c. Suisse*, Req. n° 10593/08 – ADL du 21 septembre 2012 ; Cour EDH, G.C. 23 février 2012, *Hirsi Jamaa c. Italie*, Req. n° 27765/09 – ADL du 27 février 2012.
- **Sur les obligations positives dérivées du droit à la vie et à l'interdiction de la torture** : Cour EDH, Anc. 1^e Sect. 5 décembre 2013, *Vilnes et autres c. Norvège*, Req. n° 52806/09 et 22703/10 – ADL du 16 décembre 2013 ; Cour EDH, G.C. 9 juillet 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 66069/09 – ADL du 18 juillet 2013 ; Cour EDH, 5^e Sect. 20 octobre 2011, *Stasi c. France*, Req. n° 25001/07 – ADL du 23 octobre 2011 ; Cour EDH, 5^e Sect. 14 avril 2011, *Jendrowiak c. Allemagne*, Req. n° 30060/04 – ADL du 14 avril 2011 ; Cour EDH, G.C. 24 mars 2011, *Giuliani et Gaggio c. Italie*, Req. n° 23458/02 – ADL du 29 mars 2011.
- Sur le droit à la liberté et à la sûreté en général : Cour EDH, 4^e Sect. 15 octobre 2013, *Gutsanovi c. Bulgarie*, Req. n° 34529/10 – ADL du 18 octobre 2013 ; Cour EDH, 5^e Sect. 30 avril 2013, *Timochenko c. Ukraine*, Req. n° 49872/11 – ADL du 22 mai 2013 ; Cour EDH, 5^e Sect. 10 janvier 2013, *Claes c. Belgique, Swennen c. Belgique et Dufoort c. Belgique*, Req. n° 43418/09 et al. – ADL du 25 mars 2013 ; Cour EDH, G.C. 15 mars 2012, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 39692/09 – ADL du 21 mars 2012 ; Cour EDH, 5^e Sect. 19 janvier 2012, *Popov c. France*, Req. n° 39472/07 – ADL du 22 janvier 2012 ; Cour EDH, 4^e Sect. 1^{er} décembre 2011, *Schwabe et M.G. c. Royaume-Uni*, Req. n° 8080/08 et 8577/08 – ADL du 4 décembre 2011.

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. v. Cour EDH, G.C. 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, Req. n° 30078/06, § 136 – ADL du 27 mars 2012 : « *La Convention ne s'arrête pas aux portes des casernes et (...) les militaires, comme toutes les autres personnes relevant de la juridiction d'un Etat contractant, ont le droit de bénéficier de la protection de la Convention* ».
2. Cour EDH, 5^e Sect. 2 octobre 2014, *Matelly c. France et ADEFDROMIL c. France*, Resp. Req. n° 10609/10 et 32191/09 – Communiqué : La Cour a condamné la France pour violation de la liberté syndicale (Art. 11) au motif que le droit français interdit de façon absolue l'existence de tout groupement syndical dans l'armée (Art. L. 4121-4 al. 2 du code de la défense). Mais elle a précisé que de fortes restrictions peuvent être apportées à l'exercice par les militaires des droits et libertés à coloration syndicale. La Cour exige donc que la France passe d'une logique d'exclusion de la liberté syndicale dans l'armée à une logique de proportionnalité entre cette liberté et les impératifs militaires (comp. à ADL du 24 janvier 2013 au point 1°).
3. V. la fiche thématique « Conflits armés » ; Pour des conflits passés, v. ainsi Cour EDH, G.C. 17 mai 2010, *Kononov c. Lettonie*, Req. n° 36376/04 – ADL du 18 mai 2010 ; Cour EDH, G.C. 21 octobre 2013, *Janowiec et autres c. Russie*, Req. n° 55508/07 et 29520/09 – Communiqué.
4. V. not. Cour EDH, G.C. Sect. 7 juillet 2011, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, Req. n° 27021/08 et *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 55721/07 – ADL du 10 juillet 2011.
5. Outre la multiplication des opérations militaires extérieures par différents Etats parties à la Convention, dont en particulier la France, les conflits entre la Russie et la Géorgie, d'une part, et la Russie et l'Ukraine, d'autre part, sont en cours d'examen à Strasbourg.
6. Sur les imperfections de la jurisprudence européenne au lendemain des arrêts de juillet 2011, lire Anne-Marie Baldovin, « Impact de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme sur la planification et l'exécution des opérations militaires à venir », in *Revue de droit militaire et de droit de la guerre*, 2011, n° 50/3-4, pp. 369-418.
7. Sur dessaisissement de la formation de Chambre le 4 juin 2014 (§ 5).
8. Cour EDH, G.C. Sect. 7 juillet 2011, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, Req. n° 27021/08 et *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 55721/07 – ADL du 10 juillet 2011.
9. V. ainsi le colloque organisé le 22 octobre 2014 à l'Ecole militaire (Paris) et intitulé « Les relations entre le droit international humanitaire et le droit européen des droits de l'homme ».
10. Lawrence Hill-Cawthorne, « The Grand Chamber Judgment in *Hassan v UK* », in *EJIL Talk*, 16 septembre 2014.
11. Opinion en partie dissidente du juge Spano, ralliée par les juges Nicolaou, Bianku et Kalaydjieva, § 19.
12. High Court of Justice, 25 février 2009, (2009) EWHC 309.
13. V. ADL du 10 juillet 2011.
14. Sur ce sujet, v. not. ADL du 29 avril 2013 sur Cour EDH, 5^e Sect. 25 avril 2013, *Canali c. France*, Req. n° 40119/09.
15. Sur le défi probatoire dans le contentieux des « *extraordinary renditions* », v. ainsi ADL du 24 décembre 2012 au point I sur Cour EDH, G.C. 13 décembre 2012, *El-Masri c. l'Ex-République Yougoslave de Macédoine*, Req. n° 39630/09.
16. Droit à la vie.
17. interdiction de la torture.
18. *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, précité – ADL du 10 juillet 2011.

19. Sur ces obligations, v. notamment Cour EDH, Anc. 1^e Sect. 5 décembre 2013, *Vilnes et autres c. Norvège*, Req. n° 52806/09 et 22703/10 – ADL du 16 décembre 2013 ou Cour EDH, G.C. 24 mars 2011, *Giuliani et Gaggio c. Italie*, Req. n° 23458/02 – ADL du 29 mars 2011.
20. Citant *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, précité, § 131 – ADL du 10 juillet 2011.
21. Cour EDH, G.C. 12 décembre 2001, *Banković et autres c. Belgique et autres*, Req. n° 52207/99, § 80.
22. Pour un état des lieux complet, lire Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties : Law, Principles, and Policy, Oxford Monographs in International Law*, 2011, 302 p.
23. v. notamment Cour EDH, G.C. 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, Req. n° 3394/03 – ADL du 29 mars 2010 ; *Al-Jedda c. Royaume-Uni et Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, précitées – ADL du 10 juillet 2011 ; Cour EDH, G.C. 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, Req. n° 27765/0 – ADL du 27 février 2012.
24. *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, précité, § 79 – ADL du 27 février 2012.
25. Citant *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, précité, § 137 – ADL du 10 juillet 2011.
26. Sur ce point, v. notamment lire Anne-Marie Baldovin, précité, pp. 369-418.
27. Citant *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, précité, § 131 – ADL du 10 juillet 2011.
28. Cour EDH, 5^e Sect. 27 juin 2013, *Vassis et autres c. France*, Req. n° 62736/09 – ADL du 1^{er} juillet 2013.
29. *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, précité, § 81 – ADL du 27 février 2012.
30. Citant *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, précité, § 138 – ADL du 10 juillet 2011.
31. *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, précité, § 149 – ADL du 10 juillet 2011.
32. Sur ce point, cf. *infra* 1^o-B.
33. Si la Cour admet déjà de nets assouplissements des obligations positives pesant sur les autorités étatiques en situation de maintien de l'ordre (v. Cour EDH, G.C. 24 mars 2011, *Giuliani et Gaggio c. Italie*, Req. n° 23458/02 – ADL du 29 mars 2011), il y a fort à parier qu'il en sera de même en situation de conflit ou d'instabilité sur le territoire contrôlé (en ce sens, v. *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, précité, § 168 – ADL du 10 juillet 2011).
34. Lire ADL du 12 mai 2014 au point 2^o-B.
35. v. ADL du 23 mai 2012 sur Cour EDH, G.C. 23 mai 2012, *Scoppola c. Italie (n° 3)*, Req. n° 126/05.
36. V. ce rapport parlementaire « The Armed Forces and Legal Challenge », 7 novembre 2013 qui évoque notamment l'arrêt *Smith* de la Cour suprême du Royaume-Uni rendu le 19 juin 2013 (2013) UKSC 41) ; Pour une critique de l'application du droit européen sur le champ de bataille, v. Thomas Tugendhat and Laura Croft, « The Fog of Law : An introduction to the legal erosion of British fighting power », *Policy Exchange*, 2013, 76 p. ; Lire aussi Noelle Quenivet, « Human Rights on the Battlefield », in *Eurorights*, 1^{er} novembre 2013.
37. Discours de David Cameron à la Conférence du parti conservateur, 1^{er} octobre 2014 : « Depuis que (la Convention européenne des droits de l'homme) a été écrite (...) ses interprétations ont conduit à beaucoup de choses qui sont franchement erronées (...) : Appliquer la Convention des droits de l'homme même sur le champ de bataille du Helmand (...) Je suis désolé, je ne suis tout simplement pas d'accord ».
38. Lire notamment Nicholas Watt et Owen Bowcott, « Tories plan to withdraw UK from European convention on human rights » in *The Guardian*, 3 octobre 2014 ; Philippe Bernard, « Cameron veut sortir le Royaume-Uni de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le Monde*, 1^{er} octobre 2014.
39. « Dans son arrêt *Al-Skeini* (précité), la Cour aurait jugé que les décès des proches des requérants relevaient de la juridiction du Royaume-Uni par l'effet combiné de deux circonstances factuelles particulières. La première d'entre elles aurait été le fait que, du 1^{er} mai 2003 au 24 juin 2004, le Royaume-Uni avait assumé le pouvoir et la responsabilité du maintien de la sécurité dans le sud-est de l'Irak en qualité de puissance occupante. La seconde aurait été le fait que les décès étaient survenus au cours d'opérations de sécurité conduites par les forces britanniques dans l'exercice de cette autorité et de cette

responsabilité. Le Gouvernement estime que, si l'un ou l'autre de ces facteurs avait fait défaut, il n'y aurait eu aucun lien juridictionnel » (§ 70).

40. « Dans son arrêt *Al-Skeini*, la Cour (...) a jugé inutile de rechercher si la juridiction du Royaume-Uni était aussi établie parce que cet État exerçait un contrôle militaire effectif sur le sud-est de l'Irak pendant cette période » (§ 75).

41. Sur « la jurisprudence de la Cour internationale de justice sur les liens réciproques entre le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme », v. aux § 35 à 37 de l'arrêt *Hassan* ; et en particulier l'avis consultatif de la Cour internationale de justice en date du 8 juillet 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, § 25 ; lire aussi Hans-Joachim Heintze, « Recoupement de la protection des droits de l'Homme et du droit international humanitaire (DIH) dans les situations de crise et de conflit », in *Cultures et conflits*, n° 60, 2005, 16 p.

42. Pour la Grande Chambre, « le Royaume-Uni a gardé l'autorité et le contrôle sur tous les aspects de la détention en rapport avec les griefs soulevés par le requérant sur le terrain de l'article 5 » en dépit du fait que « certains aspects opérationnels de la détention de Tarek Hassan à Camp Bucca ont bien été confiés aux forces américaines » (§ 78).

43. Aux yeux de la Cour, « il apparaît clairement que Tarek Hassan est resté sous la garde de militaires armés et sous l'autorité et le contrôle du Royaume-Uni jusqu'à sa sortie de l'autocar dans lequel il avait quitté le camp », en dépit du fait qu'il fut auparavant « jugé libérable et conduit dans la zone de détention des civils de Camp Bucca » (§ 79).

44. Sur cette attitude, v. ADL du 12 mai 2014 au point 2°-C.

45. Sur la responsabilité conventionnelle des Etats parties au sujet des « *extraordinary rendition* » menées sous la houlette des Etats-Unis, v. Cour EDH, G.C 13 décembre 2012, *El-Masri c. l'Ex-République Yougoslave de Macédoine*, Req. n° 39630/09 – ADL du 24 décembre 2012 ; v. aussi Cour EDH, 4^e Sect. 24 juillet 2014, *Al Nashiri c. Pologne*, Req. n° 28761/11 - Communiqué.

46. Sur l'engagement de responsabilité des Etats mettant en œuvre les décisions du Conseil de sécurité des Nations Unies, v. Cour EDH, G.C. 12 septembre 2012, *Nada c. Suisse*, Req. n° 10593/08 – ADL du 21 septembre 2012.

47. Sur la consécration d'un droit de négociation collective à l'aide de sources extraconventionnelles : v. Cour EDH, G.C. 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, Req. n° 34503/97 – ADL du 14 novembre 2008.

48. Sur la reconnaissance d'une interdiction absolue de la peine de mort : Cour EDH, 4^e Sect. 2 mars 2010, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, Req. n° 61498/08 – ADL du 3 mars 2010 ; Sur le droit de vote des détenus : Cour EDH, G.C. 23 mai 2012, *Scoppola c. Italie (n° 3)*, Req. n° 126/05 – ADL du 23 mai 2012 ; Sur les peines perpétuelles, v. Cour EDH, G.C. 9 juillet 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 66069/09 – ADL du 18 juillet 2013.

49. V. en particulier la troisième Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre et la quatrième Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre.

50. V. not. Cour EDH, 4^e Sect. 29 novembre 2011, *A. et autres c. Bulgarie*, Req. n° 51776/08, § 64 – ADL du 4 décembre 2011.

51. La Grande Chambre souligne ainsi que l'alinéa c) (« 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 (...) ») n'est pas envisageable car les « combattants détenus en tant que prisonniers de guerre, (...) bénéficient des privilèges attachés au statut de combattant, ce qui leur permet de participer aux hostilités sans encourir de sanctions pénales » (§ 97).

52. V. ADL du 10 juillet 2011 sur *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, précité.

53. V. cependant l'ancienne Commission EDH, Rapport du 10 juillet 1976, *Chypre c. Turquie*, Req. n° 6780/74 et 6950/75.

54. Opinion en partie dissidente du juge Spano, ralliée par les juges Nicolaou, Bianku et Kalaydjieva, § 8.

55. A l'exception de « l'article 2 (droit à la vie), sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et (des) articles 3 (intervention de la torture), 4 (paragraphe 1) (interdiction de l'esclavage et de la servitude) et 7 (Pas de peine sans loi) ».

56. Une coquille semble s'être glissée dans le texte de l'arrêt, car affirmer que « l'internement en temps de paix ne cadre pas avec le régime des privations de liberté fixé par l'article 5 de la Convention » est assez incongru.

57. Cour EDH, G.C. 12 décembre 2001, *Banković et autres c. Belgique et autres*, Req. n° 52207/99, § 62.

58. *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, précité, § 100 – ADL du 10 juillet 2011.

59. « 3. 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. »

60. En ce sens, Syméon Karagiannis, « Le territoire d'application de la Convention européenne des droits de l'homme vaetera et nova », in *RDTH*, n° 61/2005, p. 60 : « Si, déjà, l'utilisation de la pratique positive de deux Etats (seulement !) aux fins de la restriction des droits de l'homme peut créer un certain malaise, l'utilisation de l'absence de pratique aux mêmes fins peut démultiplier ce malaise. Il est trop hasardeux de voir dans l'abstention une preuve ou dans le silence une conviction » ; lire aussi l'opinion en partie dissidente du juge Spano, ralliée par les juges Nicolaou, Bianku et Kalaydjieva, § 13 et Lawrence Hill-Cawthorne, « The Grand Chamber Judgment in *Hassan v UK* », in *EJIL Talk*, 16 septembre 2014.

61. Aux fins de l'interprétation d'un traité, « 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte [...] b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ; »

62. v. notamment Cour EDH, 4^e Sect. 2 mars 2010, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, Req. n° 61498/08 – ADL du 3 mars 2010.

63. En ce sens, v. l'opinion en partie dissidente du juge Spano, ralliée par les juges Nicolaou, Bianku et Kalaydjieva, § 13 : « lorsqu'il faut rechercher si une pratique des États satisfait aux critères découlant de l'article 31 § 3 b) et modifie donc de façon plausible le texte de la Convention (voir le paragraphe 101 de l'arrêt), il existe une différence fondamentale entre, d'une part, une pratique des États exprimant clairement une volonté concordante, commune et cohérente des États membres de modifier collectivement les droits fondamentaux consacrés dans la Convention vers une interprétation plus extensive ou généreuse de leur portée que celle initialement envisagée et, d'autre part, une pratique des États qui limite ou restreint ces droits, comme en l'espèce, en contradiction directe avec une disposition de la Convention libellée de manière limitative et stricte protégeant un droit fondamental. »

64. Aux fins de l'interprétation d'un traité, « 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte (...) b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ; »

65. Aux fins de l'interprétation d'un traité, « 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte (...) c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. »

66. v. not. Cour EDH, 5^e Sect. 4 octobre 2012, *Harroudj c. France*, Req. n° 43631/09, § 60 – ADL du 8 octobre 2012.

67. v. Cour EDH, G.C. 18 septembre 2009, *Varnava et autres c. Turquie*, Req. n° 16064/90 – ADL du 23 septembre 2009.

68. Sur ce point, lire aussi Cedric De Koker, « A Different Perspective on *Hassan v. United Kingdom*: A Reply to Frederic Bernard », in *Strasbourg Observers*, 14 octobre 2014; Lawrence Hill-Cawthorne, « The Grand Chamber Judgment in *Hassan v UK* », in *EJIL Talk*, 16 septembre 2014.

69. Opinion en partie dissidente du juge Spano, raliée par les juges Nicolaou, Bianku et Kalaydjieva, § 18.
70. Cour EDH, G.C. 19 février 2009, *A. et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 3455/05, § 171 ; v. aussi Cour EDH, 4^e Sect. 29 novembre 2011, *A. et autres c. Bulgarie*, Req. n° 51776/08, § 64 – ADL du 4 décembre 2011.
71. Pour d'opportunes critiques, lire l'opinion en partie dissidente du juge Spano, raliée par les juges Nicolaou, Bianku et Kalaydjieva, § 16 et 17.
72. Cour EDH, G.C. 15 mars 2012, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 39692/09, § 57 – ADL du 21 mars 2012.
73. V. ADL du 21 mars 2012.
74. Qui dans la présente affaire *Hassan* a pourtant voté avec la majorité.
75. Opinion dissidente commune des juges Tulkens, Spielmann et Garlicki, § 4 sous *Austin et autres c. Royaume-Uni*, précité, § 4 – ADL du 21 mars 2012.
76. Sur les arraisonnements en mer, v. ainsi Cour EDH, 5^e Sect. 27 juin 2013, *Vassis et autres c. France*, Req. n° 62736/09 – ADL du 1er juillet 2013.
77. Sur les interrogations quant à l'exigence de réexamen régulier de la détention, v. Lawrence Hill-Cawthorne, « The Grand Chamber Judgment in *Hassan v UK* », in *EJIL Talk*, 16 septembre 2014.
78. En particulier pour déterminer si « le processus de filtrage constituait une garantie adéquate contre la détention arbitraire ».
79. Sur l'ensemble des défis liés à l'articulation du droit européen des droits de l'homme avec le droit international humanitaire, lire l'enrichissante tierce intervention du Centre des droits de l'homme de l'Université d'Essex (§ 91-95 – Version intégrale).
80. Cedric De Koker, « A Different Perspective on *Hassan v. United Kingdom*: A Reply to Frederic Bernard », in *Strasbourg Observers*, 14 octobre 2014.
81. Opinion en partie dissidente du juge Spano, raliée par les juges Nicolaou, Bianku et Kalaydjieva, § 18
82. *Ibid.*
83. Comp. à l'hypothèse de contrariété entre les obligations conventionnelles et les obligations onusiennes : Cour EDH, G.C. 12 septembre 2012, *Nada c. Suisse*, Req. n° 10593/08 – ADL du 21 septembre 2012.
84. A cet égard, l'analyse du Centre des droits de l'homme de l'Université d'Essex est quelque peu contestable, lorsqu'elle suggère que « le régime de détention applicable dans les conflits armés internationaux » relève des hypothèse où « l'État (partie est) confronté à des obligations juridiques inconciliables et à des résultats prêtant à controverse » (§ 91).
85. v. ADL du 21 septembre 2012 sur Cour EDH, G.C. 12 septembre 2012, *Nada c. Suisse*, Req. n° 10593/08.
86. Ainsi que l'a d'ailleurs explicitement jugé la Grande Chambre dans un contentieux similaire : *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, précité, § 100 – ADL du 10 juillet 2011.
87. Sur l'assouplissement de l'obligation procédurale d'enquête, v. *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, précité, § 168 – ADL du 10 juillet 2011 : La Cour concède qu'il existait des « problèmes pratiques auxquels les autorités d'enquête se trouvaient confrontées du fait que le Royaume-Uni était une puissance occupante dans une région étrangère et hostile, au lendemain immédiat d'une invasion et d'une guerre » et qu'en conséquence, « l'obligation procédurale découlant de l'article 2 doit être appliquée de manière réaliste » (§ 168).
88. *Ibid.* : « l'obligation procédurale découlant de l'article 2 continue de s'appliquer même si les conditions de sécurité sont difficiles, y compris dans un contexte de conflit armé » (§ 166).
89. Cf. *supra* au point 2^e-A.

90. Sur cette hypothèse, lire notamment v. notamment lire Anne-Marie Baldovin, précité, pp. 369-418 ; et Syméon Karagiannis, « Le territoire d'application de la Convention européenne des droits de l'homme vaetera et nova », in *RDTH*, n° 61/2005, pp. 33-120.
91. « 3. 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. ».
92. V. notamment à propos de l'intervention britannique à Chypre (toutefois, avant l'indépendance de l'île) : Com. EDH, 26 septembre 1958, *Grèce c. Royaume-Uni*, Req. n° 176/56.
93. Il en serait ainsi pour les différentes opérations militaires menées sur le territoire d'Etats tiers – souvent avec leur accord – aux fins de lutter contre des entités non étatiques – tels des groupes terroristes. A ce titre, les opérations menées par la France au Mali en 2013 peuvent en être une illustration.
94. Art. 15 § 3 : « l'article 2 (droit à la vie), sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et (des) articles 3 (intervention de la torture), 4 (paragraphe 1) (interdiction de l'esclavage et de la servitude et 7 (Pas de peine sans loi) ».
95. Opinion en partie dissidente du juge Spano, ralliée par les juges Nicolaou, Bianku et Kalaydjieva, § 19.
96. Syméon Karagiannis, « Le territoire d'application de la Convention européenne des droits de l'homme vaetera et nova », in *RDTH*, n° 61/2005, p. 62 (note 84).
97. Tel ne serait pas le cas, par exemple, pour la détention d'un civil pendant plus de trois ans : cf. *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, précité, § 100 – ADL du 10 juillet 2011.
98. Lawrence Hill-Cawthorne, « The Grand Chamber Judgment in Hassan v UK », in *EJIL Talk*, 16 septembre 2014.
99. Même s'il serait tout à fait réducteur d'affirmer que cette seule considération a guidé la solution de la majorité.
100. Nicholas Watt et Owen Bowcott, « Tories plan to withdraw UK from European convention on human rights » in *The Guardian*, 3 octobre 2014 ; Philippe Bernard, « Cameron veut sortir le Royaume-Uni de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le Monde*, 1^{er} octobre 2014.
101. Pour un état des lieux, v. Lire ADL du 12 mai 2014 au point 2°-B.
102. A cet égard, et entre autres exemples, force est de constater que la spectaculaire – et critiquable – concession réalisée en 2012 par la Grande Chambre dans son arrêt *Austin et autres c. Royaume-Uni* sur le même terrain de l'article 5 n'a guère apaisé les contempteurs de la Cour (ADL du 21 mars 2012).
103. V. récemment Cour EDH, G.C. 9 juillet 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 66069/09 – ADL du 18 juillet 2013 (peines perpétuelles) ou Cour EDH, 4^e Sect. 12 août 2014, *Firth et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 47784/09 (droit de vote des détenus).

RÉSUMÉS

Etre projetée sur les champs de bataille est en soi une épreuve pour la Convention européenne des droits de l'homme. Historique à plusieurs égards, l'arrêt Hassan c. Royaume-Uni rendu le 16 septembre 2014 le confirme amplement. Certes, dans cette affaire, la Grande Chambre de la Cour européenne a fermement consolidé l'emprise conventionnelle sur le théâtre des hostilités, fût-il à mille lieues des cieux européens.

Mais pour dissoudre l'inextricable dilemme né de la détention au cours d'un conflit armé international, la Cour a mis en exergue une logique de conciliation entre le droit européen des droits de l'homme, d'une part, et le droit international humanitaire, d'autre part. Or, acquise au prix de maintes réécritures prétoriennes du texte conventionnel, cette approche n'est pas dénuée de périls. Surtout, elle peine à dissimuler l'effacement européen devant le droit international humanitaire. Si ce n'est une véritable capitulation.

AUTEUR

NICOLAS HERVIEU

CREDOF (Université Paris Ouest Nanterre La Défense)