

Droits de l'homme et droit humanitaire : des affinités électives ?

Cordula Droege*

Dr Cordula Droege est conseillère juridique au sein de la Division juridique du Comité international de la Croix-Rouge.

Résumé

La relation entre le droit international humanitaire et le droit international relatif aux droits de l'homme est marquée, dans la plupart des cas, par la complémentarité et l'influence mutuelle. Lorsqu'il y a contradiction entre ces deux branches de droit, c'est la norme la plus spécifique (lex specialis) qui l'emporte. Cet article cherche à établir laquelle de ces deux branches de droit est la plus spécifique en fonction de la situation. L'auteur examine aussi cette problématique sous l'angle de la procédure, en particulier en ce qui concerne les règles régissant les enquêtes sur les allégations d'infraction, l'accès aux tribunaux pour les victimes supposées, et les réparations en cas de violation.

Par tradition, le droit international relatif aux droits de l'homme¹ et le droit international humanitaire² sont deux branches du droit séparées, qui traitent de sujets différents et qui ont des racines distinctes ; elles ont longtemps évolué sans s'influencer mutuellement. La situation, cependant, a changé : un coup d'œil rapide sur l'évolution historique et sur des affaires récentes montre qu'il ne fait aujourd'hui aucun doute – quels qu'ait été le point de vue des gouvernements en 1864, en 1907 ou en 1949 – que le droit des droits de l'homme complète le droit international humanitaire dans les situations de conflit armé. Dans les instances juridiques internationales, la jurisprudence – depuis le rapport de la Commission européenne des droits de l'homme sur le nord de Chypre après l'invasion turque³ jusqu'aux décisions ultérieures, nationales et internationales, sur les territoires palestiniens, l'Irak, la République démocratique du Congo ou la Tchétchénie – ne laisse aucun doute quant à l'applicabilité des droits de l'homme aux situations de conflit armé.

En un mot, ces deux régimes juridiques se recourent, mais comme ils n'ont pas

* Cet article reflète les opinions de l'auteur et non pas nécessairement celles du CICR. Certains passages ont déjà été publiés dans « The Interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict », *Israel Law Review*, vol. 40 (2007), pp. 310-355.

Original anglais, publié sous le titre "Elective affinities? Human rights and humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 871, septembre 2008, pp. 501-548.

¹ Nous utilisons indifféremment, dans cet article, les expressions « droit international relatif aux droits de l'homme », « droit des droits de l'homme » ou « droits de l'homme ».

² Nous utilisons indifféremment, dans cet article, les expressions « droit international humanitaire », « droit humanitaire » ou « droit des conflits armés ».

³ Voir, par exemple, rapport de la Commission européenne des droits de l'homme, *Chypre c. Turquie*, requêtes n° 6780/74 et 6950/75, Commission européenne des droits de l'homme, Décisions et Rapports 125 ; Cour européenne des droits de l'homme [ci-après « CEDH »], affaire *Chypre c. Turquie*, arrêt du 10 mai 2001, Recueil des arrêts et décisions [ci-après « Recueil »] 2001-IV.

nécessairement été conçus à cette fin à l'origine, il convient de s'interroger sur la manière dont ils peuvent être conciliés et harmonisés. Comme l'écrit M. Bothe :

... le droit international évolue en fonction des événements, des possibilités et des idées. C'est ce qui explique sa fragmentation en un grand nombre de régimes de traités créés à telle ou telle occasion précise, traitant de problèmes spécifiques suscités par des événements concrets. Mais comme tout est lié, ces régimes se recoupent. On s'aperçoit alors que les règles ne sont pas toujours cohérentes, mais qu'elles peuvent aussi se renforcer mutuellement. La question se pose donc de savoir s'il y a conflit et tension, ou plutôt synergie, entre les divers régimes⁴.

La question de savoir *comment* les droits de l'homme et le droit humanitaire peuvent être appliqués de manière cohérente dans des situations de conflit armé est toujours un sujet de controverse. La jurisprudence de ces dernières années a considérablement modifié la donne, et le droit, jusqu'à un certain point, évolue en permanence. Il faut souhaiter que la jurisprudence relative à des affaires concrètes permettra, avec le temps, de gagner en clarté. Pour l'instant, les choses se précisent dans certains domaines, tandis que dans d'autres, des schémas émergent, sans toutefois que l'on puisse parler de consolidation.

Le présent article vise à formuler quelques paramètres permettant de comprendre les relations entre droits de l'homme et droit humanitaire dans une situation donnée. Leur interaction doit en effet être régie par deux grands principes : la complémentarité et l'influence réciproque des normes respectives dans la plupart des cas, et dans certains cas, lorsqu'il y a contradiction entre les deux branches de droit, la prééminence de la norme plus spécifique (*lex specialis*). Toute la question consiste à déterminer laquelle de ces deux branches est la plus spécifique dans telle ou telle situation.

Enfin, nous examinerons l'aspect de la procédure, car c'est sans doute ici que l'interaction entre le droit des droits de l'homme et le droit humanitaire produit ses effets les plus concrets : quelles sont les règles qui régissent les enquêtes sur les allégations de violation, l'accès aux tribunaux pour les victimes et les réparations en cas d'infraction.

Le chevauchement du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire dans les situations de conflit armé

Droits de l'homme et droit humanitaire : une convergence progressive

Si l'on met à part leur idéal humaniste, le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire avaient, à leur création, fort peu de choses en commun. Les fondements théoriques et les visées de ces deux branches de droit diffèrent.

La raison d'être du droit moderne relatif aux droits de l'homme consiste à définir une relation appropriée entre l'État et ses citoyens, afin de limiter le pouvoir de l'État sur l'individu⁵. Les droits de l'homme relevaient au départ du droit constitutionnel ; ils définissaient une relation interne entre le gouvernement et ses citoyens. Une réglementation internationale eût alors été perçue comme une ingérence dans un domaine relevant de la

⁴ Michael Bothe, « The Historical Evolution of International Humanitarian Law, International Human Rights Law, Refugee Law and International Criminal Law », dans : Horst Fischer, Ulrike Froissart, Wolff Heintschel von Heinegg et Christian Raap (éd.), *Crisis Management And Humanitarian Protection*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2004, p. 37 [traduction CICR].

⁵ On trouvera un bref examen de la question dans : Louise Doswald-Beck et Sylvain Vité, « Le droit international humanitaire et le droit des droits de l'homme », *Revue internationale de la Croix-Rouge* n° 800 (mars-avril 1993), pp. 99 à 128.

souveraineté nationale. Si l'on excepte la protection des minorités après la Première Guerre mondiale, les droits de l'homme sont demeurés une question relevant du seul droit national jusqu'au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. C'est alors qu'ils sont devenus une composante du droit international, avec l'adoption, en 1948, de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

Le droit humanitaire, quant à lui, est fondé avant tout sur les attentes réciproques de deux parties en guerre et sur la notion de comportement chevaleresque et civilisé⁶. Il n'est pas issu de différends entre des parties revendiquant des droits, mais bien d'un principe de charité : « *inter arma caritas* »⁷. Le motif premier était un impératif d'humanité plutôt qu'un principe de droit, et il a évolué sur la base de l'idée de la réciprocité entre États en ce qui concerne la manière de traiter les soldats ennemis⁸. Son développement s'explique, historiquement, par des considérations de stratégie militaire et de réciprocité⁹. Alors que les droits de l'homme étaient un domaine interne des États, le droit international humanitaire, par sa nature même, a pris racine dans les relations entre États en droit international (même si certains des textes antécédents, comme le Code Lieber, avaient été conçus pour des guerres civiles).

Après la Seconde Guerre mondiale, la protection des civils en vertu de la IV^e Convention de Genève a ajouté au droit humanitaire une dimension qui le rapprochait fortement de la conception du droit relatif aux droits de l'homme, en particulier eu égard aux civils en détention, même si la Convention était dans une large mesure destinée exclusivement aux civils appartenant à la partie adverse ou à des parties tierces. Le droit humanitaire commençait ici à s'appliquer au domaine traditionnel des droits de l'homme, à savoir la relation entre l'État et ses citoyens. La codification de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 a elle aussi rapproché les deux branches de droit, puisqu'elle concernait le traitement réservé par l'État à ses ressortissants. Pourtant, bien que la Déclaration universelle des droits de l'homme ait été adoptée en 1948, soit un an à peine avant la codification des Conventions de Genève, l'histoire de la rédaction des Conventions montre l'absence totale d'influence mutuelle entre ces processus. Certes, les déclarations politiques générales évoquaient l'idéal commun des deux branches du droit, mais rien ne laissait présager un chevauchement de leurs domaines d'application. On ne se doutait probablement pas, à l'époque, que les droits de l'homme s'appliqueraient à des situations de conflit armé, tout au moins pas à des situations de conflit armé international¹⁰. On trouve pourtant, dans les débats sur la Déclaration universelle, des réminiscences patentes de la

⁶ Voir, par exemple, les « Instructions de 1863 pour le comportement des armées des États-Unis d'Amérique en campagne », dites « Code Lieber », rédigées par Francis Lieber pendant la guerre de Sécession et promulguées par le président Lincoln par son décret général n° 100. Texte reproduit dans : Dietrich Schindler et Jiří Toman (éd.), *Droit des Conflits armés – Recueil des conventions, résolutions et autres documents*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge / Institut Henry-Dunant, Genève, 1996, p. 3.

⁷ Ces mots furent d'abord utilisés comme devise sur la page de titre du « Mémorial des vingt-cinq premières années de la Croix-Rouge, 1863-1888 », publié par le Comité international de la Croix-Rouge à l'occasion du 25^e anniversaire de sa fondation ; la formule fut adoptée par le Comité le 18 septembre 1888, à la suggestion de Gustave Moynier. Ils constituent aujourd'hui la devise du CICR (Statuts du Comité international de la Croix-Rouge, par. 2 de l'art. 3).

⁸ Voir Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, p. 31 ; Theodor Meron, « On the inadequate reach of humanitarian and human rights law and the need for a new instrument », *American Journal of International Law*, vol. 77 (1983), p. 592.

⁹ Theodor Meron, « The humanization of humanitarian law », *American Journal of International Law*, vol. 94 (2000), p. 243.

¹⁰ Robert Kolb, « Relations entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme – Aperçu de l'histoire de la Déclaration universelle des droits de l'homme et des Conventions de Genève », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 831 (septembre 1998), p. 437.

guerre qui venait de se terminer. On peut sans doute dire sans se tromper que « pour chacun des droits, [les délégués] se reportaient à l'expérience de la guerre comme fondement épistémique du droit particulier en question »¹¹. Un grand nombre des pires abus évoqués par les délégués s'étaient déroulés dans des territoires occupés. La Déclaration universelle, cependant, était conçue pour le temps de paix, puisque la paix était le but ultime des Nations Unies.

Rédigées non sans une certaine précipitation à la fin des années 1940, les quatre Conventions de Genève comportaient des lacunes et des éléments méritant d'être améliorés, particulièrement en ce qui concerne les situations de conflit armé non international. Cependant, le développement du droit humanitaire connut un coup d'arrêt après la XIX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge à New Delhi en 1957. Bien que la Conférence eût adopté le « Projet de Règles limitant les risques courus par la population civile en temps de guerre »¹² préparé par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), l'initiative tourna court.

Aux Nations Unies, en revanche, les États commençaient peu à peu à insister sur la pertinence des droits de l'homme dans les conflits armés. Dès 1953, l'Assemblée générale invoquait les droits de l'homme en relation avec le conflit en Corée¹³. Après l'invasion de la Hongrie par l'armée soviétique en 1956, l'Assemblée générale lança un appel à l'Union soviétique et aux autorités hongroises « pour qu'elles [...] respectent [...] la jouissance par le peuple hongrois des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹⁴. La situation au Proche-Orient, en particulier, fut l'un des facteurs déclenchant la volonté d'évoquer les droits de l'homme dans des situations de conflit armé.

En 1967, le Conseil de sécurité des Nations Unies affirma sans ambiguïté, au sujet des territoires occupés par Israël après la Guerre des Six Jours, que « les droits de l'homme essentiels et inaliénables doivent être respectés même dans les vicissitudes de la guerre »¹⁵. Un an plus tard, la Conférence internationale de Téhéran sur les droits de l'homme marqua un tournant décisif, puisque les Nations Unies y acceptèrent, en principe, l'application des droits de l'homme dans les conflits armés. La première résolution de la Conférence internationale, intitulée « Respect et application des droits de l'homme dans les territoires occupés », demandait à Israël de respecter et appliquer dans les territoires occupés à la fois la Déclaration universelle des droits de l'homme et les Conventions de Genève¹⁶. Vint ensuite la résolution intitulée « Respect des droits de l'homme en période de conflit armé », qui disposait que « même en période de conflit armé, les principes humanitaires doivent prévaloir ». Ce principe fut réaffirmé par la résolution 2444 de l'Assemblée générale, du 19 décembre 1968, portant le même titre, qui pria le Secrétaire général de préparer un rapport sur les mesures à prendre pour protéger toutes les personnes en temps de conflit armé. Ses deux rapports conclurent que les traités des droits de l'homme, et en particulier le Pacte international relatif

¹¹ Johannes Morsink, « World War Two and the Universal Declaration », *Human Rights Quarterly*, vol. 15 (1993), p. 358 [traduction CICR].

¹² Reproduit dans Dietrich Schindler et Jiří Toman (éd.), *Droit des Conflits armés – Recueil des conventions, résolutions et autres documents*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge / Institut Henry-Dunant, Genève, 1996, p. 311.

¹³ Question des atrocités commises par les forces communistes nord-coréennes et chinoises contre les prisonniers de guerre des Nations Unies en Corée, GA Res. 804 (VIII), doc. Nations Unies A/803/VIII, 3 décembre 1953 (sur le traitement des soldats et des civils capturés en Corée par les forces nord-coréennes et chinoises).

¹⁴ Rés. 1312 (XIII) de l'Assemblée générale, 12 décembre 1958.

¹⁵ Rés. 237 du Conseil de sécurité, préambule, al. 2, doc. Nations Unies S/RES/237 (1967), 14 juin 1967 ; voir aussi la résolution 2252 de l'Assemblée générale (ES-V), doc. Nations Unies A/RES/2252 (ES-V), 4 juillet 1967, qui renvoie à cette résolution.

¹⁶ Acte final de la Conférence internationale des droits de l'homme, Téhéran, du 22 avril au 13 mai 1968, doc. Nations Unies A/CONF.32/41.

aux droits civils et politiques (PIDCP) – qui n’était à l’époque même pas entré en vigueur – accordaient une protection plus complète aux personnes, en temps de conflit armé, que les Conventions de Genève seules¹⁷. Le Secrétaire général mentionna même le système de rapports prévu par le Pacte, qui selon lui « pourrait se révéler précieux en ce qui concerne les périodes de conflit armé »¹⁸, anticipant ainsi ce qui allait devenir par la suite la pratique du Comité des droits de l’homme.

Donnant suite aux deux rapports du Secrétaire général, l’Assemblée générale des Nations Unies affirma, dans sa résolution sur les « principes fondamentaux touchant la protection des populations civiles en période de conflit armé », que « [l]es droits fondamentaux de l’homme, tels qu’ils sont acceptés en droit international et énoncés dans des instruments internationaux, demeurent pleinement applicables en cas de conflit armé »¹⁹. C’est vers cette époque qu’un observateur écrivit : « les deux branches de droit se sont rapprochées et convergent rapidement et [...] dans un certain nombre de cas concrets, le régime des droits de l’homme définit l’orientation générale et les objectifs pour la révision du droit de la guerre »²⁰.

La Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire, qui s’est déroulée de 1974 à 1977, était en partie une réaction au processus en cours au sein des Nations Unies. Le CICR, en particulier, pouvait maintenant relancer le processus de développement du droit international humanitaire afin d’améliorer la protection des civils, non seulement dans les conflits armés internationaux, mais aussi dans les conflits non internationaux. La Conférence diplomatique et le fruit de ses travaux – les deux Protocoles additionnels de 1977 – doivent indéniablement beaucoup aux droits de l’homme ; ainsi, certains droits pouvant faire l’objet de dérogations au regard des droits de l’homme furent formulés comme des droits auxquels il est impossible de déroger en tant que garanties de droit humanitaire. Les deux Protocoles additionnels reconnaissent explicitement l’application des droits de l’homme durant les conflits armés²¹. Bien que le CICR n’ait pas, dans un premier temps, adopté cette position²², il accepta par la suite que « [l]es droits de l’homme restent applicables en période de conflit armé d’une manière concurrente [au DIH] »²³. Depuis cette date, l’application des droits de l’homme dans les conflits armés a toujours été reconnue en droit international humanitaire, même si les détails de l’interaction de ces deux systèmes juridiques font toujours l’objet de discussions. On compte de

¹⁷ Rapport du Secrétaire général sur « Le respect des droits de l’homme en période de conflit armé », doc. Nations Unies A/7720, 20 novembre 1969 – voir en particulier le chapitre 3 ; Rapport sur « Le respect des droits de l’homme en période de conflit armé », par. 20 à 29, annexe 1, doc. Nations Unies A/8052, 18 septembre 1970.

¹⁸ *Ibid.*, par. 29.

¹⁹ Résolution 2675 (XXV) de l’Assemblée générale, Principes fondamentaux touchant la protection des populations civiles en période de conflit armé (9 décembre 1970).

²⁰ G.I.A.D. Draper, « The Relationship between the Human Rights Regime and the Laws of Armed Conflict », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 1 (1971), p. 191 [traduction CICR].

²¹ Article 72 du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 8 juin 1977, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, p. 3 (ci-après, « Protocole additionnel I ») ; Préambule du Protocole II additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (ci-après « Protocole additionnel II »), 8 juin 1977, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, p. 609.

²² CICR, *Projets de Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaires*, CICR, Genève, octobre 1973, p. 136 ; voir aussi Jean Pictet, *Le Droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre*, A.W. Sijthoff / Institut Henry-Dunant, Genève, 1973, p. 13. On peut penser que le CICR souhaitait aussi, en tant qu’institution, garder ses distances à l’égard des droits de l’homme, qui étaient associés aux organes « politisés » des Nations Unies.

²³ Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR, Genève 1986, par. 4429.

nombreuses résolutions du Conseil de sécurité²⁴, de l'Assemblée générale²⁵ et de la Commission des droits de l'homme²⁶ réaffirmant ou sous-entendant l'application des droits de l'homme dans des situations de conflit armé. Les Nations Unies ont aussi mené des enquêtes sur des violations des droits de l'homme, par exemple en relation avec les conflits au Libéria²⁷ et en Sierra Leone²⁸, avec l'occupation militaire par Israël des territoires palestiniens²⁹ et l'occupation militaire du Koweït par l'Irak³⁰. Le Conseil de sécurité a aussi traité de violations des droits de l'homme commises par des « milices et groupes armés étrangers » en République démocratique du Congo³¹.

L'applicabilité des traités relatifs aux droits de l'homme dans les situations de conflit armé se trouve en outre confirmée par l'existence de clauses prévoyant la possibilité de déroger aux droits de l'homme (mais posant aussi des limites à ces dérogations) dans des situations d'urgence, qui incluent explicitement ou implicitement les situations de temps de guerre³². Enfin, quelques traités et instruments internationaux plus récents incorporent des

²⁴ Résolution 1019 (1995) du Conseil de sécurité, doc. Nations Unies S/RES/1019 (1995) (9 novembre 1995) et résolution 1034 (1995), doc. Nations Unies S/RES/1034 (1995) (21 décembre 1995) (sur l'ex-Yougoslavie) ; résolution 1635 (2005), doc. Nations Unies S/RES/1635 (2005) (28 octobre 2005) (République démocratique du Congo) et résolution 1653 (2006) (27 janvier 2006), doc. Nations Unies S/RES/1653 (2006) (27 janvier 2006) (région des Grands Lacs).

²⁵ Résolution 2546 (XXIV) de l'Assemblée générale, doc. Nations Unies A/RES/2546/XXIV (11 décembre 1969) (territoires occupés par Israël) ; résolution 3525 (XXX), doc. Nations Unies A/RES/3525/XXX (15 décembre 1975) (territoires occupés par Israël) ; résolution 50/193, doc. Nations Unies A/RES/50/193 (11 mars 1996) (ex-Yougoslavie) ; résolution 46/135, doc. Nations Unies A/RES/46/135 (19 décembre 1991) (Koweït sous occupation irakienne) ; résolution 52/145, doc. Nations Unies A/RES/52/145 (6 mars 1998) (Afghanistan).

²⁶ Commission des droits de l'homme, Résolutions et décisions. Voir par exemple doc. Nations Unies E/CN.4/1992/84 (6 mars 1992) (Iraq) ; E/CN.4/RES/2003/77 (25 avril 2003) (Afghanistan), E/CN.4/RES/2003/16 (17 avril 2003) (Burundi) ; E/CN.4/RES/2001/24 (20 avril 2001) (Fédération de Russie) ; E/CN.4/RES/2003/15 (17 avril 2003) (République démocratique du Congo) ; et rapports à la Commission des droits de l'homme : OHCHR/STM/CHR/03/2 (2003) (Colombie) ; OHCHR/STM/CHR/03/3 (2003) (Timor oriental) ; voir aussi le *Rapport du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur la situation des droits de l'homme dans le Koweït sous occupation irakienne*, doc. Nations Unies E/CN.4/1992/26 (16 janvier 1992).

²⁷ Quinzième Rapport du Secrétaire général sur la Mission d'observation des Nations Unies au Libéria, doc. Nations Unies S/1996/47, 23 janvier 1996.

²⁸ Premier Rapport intérimaire du Secrétaire général sur la Mission d'observation des Nations Unies en Sierra Leone, doc. Nations Unies S/1998/750, 12 août 1998.

²⁹ Commission des droits de l'homme, résolution S-5/1, 19 octobre 2000. Rapport sur la cinquième session extraordinaire de la Commission, Documents officiels du Conseil économique et social, 2000, Supplément n° 22, doc. Nations Unies E/2000/112 – E/CN.4/S-5/5.

³⁰ Commission des droits de l'homme, résolution 1991/74 du 6 mars 1991. Rapport sur la quarante-septième session de la Commission, Documents officiels du Conseil économique et social, 1991, Supplément n° 2, doc. Nations Unies E/1991/22 – E/CN.4/1991/91.

³¹ Résolution 1649 (2005) du Conseil de sécurité, doc. Nations Unies S/RES/1649 (2005), 21 décembre 2005 (la situation concernant la République démocratique du Congo), paragraphes 4 et 5 du préambule.

³² Pacte international relatif aux droits civils et politiques (16 décembre 1966), [ci-après « PIDCP »], Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171, article 4 ; Convention [européenne] de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (4 novembre 1950), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 213, p. 221, article 15 ; Convention américaine relative aux droits de l'homme (22 novembre 1969), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1144, p. 123, article 27. L'article 27 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme est presque identique à l'article 4 du PIDCP ; voir aussi doc. Nations Unies E/CN.4/SR.195, 26 mai 1950, par. 23 ; doc. Nations Unies E/CN.4/SR.196, 26 mai 1950, par. 3 et par. 5.

L'absence de terme « guerre » dans le PIDCP ne signifie pas que les dérogations n'étaient pas prévues pour des situations de conflit armé, comme en témoigne l'histoire de sa rédaction. Les rédacteurs avaient bel et bien prévu une clause de non-discrimination dans l'article 4, mais ils avaient délibérément laissé de côté la discrimination en fonction de la nationalité, afin d'autoriser la discrimination contre des étrangers ennemis. Nations Unies, Commission des droits de l'homme, Rapport sur la 8^e session, 14 avril-14 juin 1952 ; doc. Nations Unies

dispositions relevant aussi bien des droits de l'homme que du droit international humanitaire, ou s'en inspirent. Tel est le cas de la Convention relative aux droits de l'enfant (1989)³³, du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (1998)³⁴, du Protocole facultatif de 2000 se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés³⁵, des Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire³⁶ et, tout récemment, du projet de Convention relative aux droits des personnes handicapées³⁷.

L'évolution de la jurisprudence internationale

La reconnaissance du fait que le droit relatif aux droits de l'homme s'applique aux situations de conflit armé a aussi été favorisée par l'abondante jurisprudence des organes universels et régionaux des droits de l'homme.

Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a jugé, tant dans ses observations finales sur les rapports présentés par les pays que dans ses constatations sur des cas individuels³⁸, que le PIDCP s'appliquait dans des situations de conflit armé tant international que non international, y compris dans des situations d'occupation. Il en va de même des observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels³⁹, du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale⁴⁰, du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes⁴¹ et du Comité des droits de l'enfant⁴². La Cour européenne des droits

E/2256-E/CN.4/669, ECOSOC Records, 14th Sess., Supplement N° 4, par. 279-80.

³³ Art. 38 de la Convention relative aux droits de l'enfant (20 novembre 1989), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1577, p. 3.

³⁴ Statut de Rome de la Cour pénale internationale (17 juillet 1998), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, p. 3.

³⁵ Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés (25 mai 2000), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2173, p. 236.

³⁶ Adoptés par l'Assemblée générale le 16 décembre 2005 dans sa résolution 60/147, doc. Nations Unies A/RES/60/147, 21 mars 2006.

³⁷ Adopté par l'Assemblée générale le 13 décembre 2006 dans sa résolution 61/106, doc. Nations Unies A/RES/61/106, 24 janvier 2007. Voir en particulier l'article 11.

³⁸ Observations finales du Comité des droits de l'homme – *République Démocratique du Congo*, doc. Nations Unies CCPR/C/COD/CO/3, 26 avril 2006 ; *Belgique*, doc. Nations Unies CCPR/CO/81/BEL, 12 août 2004 ; *Colombie*, doc. Nations Unies CCPR/CO/80/COL, 26 mai 2004 ; *Sri Lanka*, doc. Nations Unies CCPR/CO/79/LKA, 1 décembre 2003 ; *Israël*, doc. Nations Unies CCPR/CO/78/ISR, 21 août 2003 ; *Guatemala*, doc. Nations Unies CCPR/CO/72/GTM, 27 août 2001 ; *Pays-Bas*, doc. Nations Unies CCPR/CO/72/NET, 27 août 2001 ; *Belgique*, doc. Nations Unies CCPR/C/79/Add.99, 19 novembre 1998 ; *Israël*, doc. Nations Unies CCPR/C/79/Add.93, 18 août 1998 ; États-Unis d'Amérique, doc. Nations Unies CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 décembre 2006 ; Royaume-Uni, doc. Nations Unies CCPR/C/GBR/CO/6, 30 juillet 2008 ; Constatations du Comité des droits de l'homme, communication n° 950/2000, *Sarma c. Sri Lanka*, doc. Nations Unies CCPR/C/78/D/950/2000, 31 juillet 2003 ; Constatations du Comité des droits de l'homme, communication n° 563/1993, *Bautista c. Colombie*, doc. Nations Unies CCPR/C/55/D/563/1993, 13 novembre 1995 ; communication n° 45/1979, *Guerrero c. Colombie*, constatations adoptées le 31 mars 1982, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-septième session, Supplément n° 40, doc. Nations Unies A/37/40, annexe XI.

³⁹ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observations finales : *Colombie*, doc. Nations Unies E/C.12/1/Add.74, 6 décembre 2001 ; *Guatemala*, doc. Nations Unies E/C.12/1/Add.93, 12 décembre 2003 ; *Israël*, doc. Nations Unies E/C.12/1/Add.90, 26 juin 2003.

⁴⁰ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Conclusions : Israël*, doc. Nations Unies CERD/C/304/Add.45, 30 mars 1998.

⁴¹ Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Vingt-sixième session, *Conclusions : Sri Lanka*, par. 256 à 302, doc. Nations Unies A/57/38 (Part I), 7 mai 2002 ; Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Vingt-deuxième session, *Conclusions : République démocratique du Congo*, par. 194 à 238, doc. Nations Unies A/55/38 (Part I), 1^{er} mai 2000 ; Rapport du Comité

de l'homme a reconnu l'applicabilité de la Convention européenne tant dans des situations de conflit armé non international⁴³ que dans des situations d'occupation dans des conflits armés internationaux⁴⁴. La Commission et la Cour interaméricaines des droits de l'homme ont reconnu l'applicabilité aux situations de conflit armé de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme et de la Convention américaine relative aux droits de l'homme⁴⁵.

La Cour internationale de justice s'est fait l'écho de la jurisprudence des organes créés en vertu des traités des droits de l'homme. Sa première déclaration touchant l'application des droits de l'homme dans des situations de conflit armé – faisant référence au PIDCP – figure dans l'avis consultatif rendu en 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* :

La Cour observe que la protection offerte par le pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre, si ce n'est par l'effet de l'article 4 du pacte, qui prévoit qu'il peut être dérogé, en cas de danger public, à certaines des obligations qu'impose cet instrument. Le respect du droit à la vie ne constitue cependant pas une prescription à laquelle il peut être dérogé. En principe, le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie vaut aussi pendant des hostilités. C'est toutefois, en pareil cas, à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie. Ainsi, c'est uniquement au regard du droit applicable dans les conflits armés, et non au regard des dispositions du pacte lui-même, que l'on pourra dire si tel cas de décès provoqué par l'emploi d'un certain type d'armes au cours d'un conflit armé doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie contraire à l'article 6 du pacte⁴⁶.

Dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour a élargi cet argument à l'application générale des droits de l'homme en situation de conflit armé :

De manière plus générale, la Cour estime que la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé, si ce n'est par l'effet de clauses dérogoires du type de celle figurant à l'article 4 du Pacte international relatif

pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Vingtième session, *Conclusions : Colombie*, par. 337-401, doc. Nations Unies A/54/38 (Part I), 4 mai 1999.

⁴² Comité des droits de l'enfant, *Observations finales : République démocratique du Congo*, doc. Nations Unies CRC/C/15/Add.153, 9 juillet 2001 ; *Sri Lanka*, doc. Nations Unies CRC/C/15/Add.207, 2 juillet 2003 ; *Colombie*, doc. Nations Unies CRC/C/COL/CO/3, 8 juin 2006.

⁴³ Voir, par exemple, CEDH, affaire *Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva c. Russie*, arrêt du 24 février 2005 ; affaire *Issaïeva c. Russie*, arrêt du 24 février 2005 ; affaire *Ergi c. Turquie*, arrêt du 28 juillet 1998, Rapports 1998-IV ; affaire *Ahmet Özkan et autres c. Turquie*, arrêt du 6 avril 2004 [N.B. le texte de cet arrêt n'est disponible qu'en anglais].

⁴⁴ Affaire *Chypre c. Turquie*, *op. cit.* (note 3) ; voir aussi, pour un tour d'horizon complet, Aisling Reidy, « La pratique de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme en matière de droit international humanitaire », *Revue internationale de la Croix-Rouge* n° 831 (1998), pp. 543 à 568.

⁴⁵ Cour interaméricaine des droits de l'homme, affaire *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, arrêt du 25 novembre 2000, Série C n° 70, par. 209 ; Commission interaméricaine des droits de l'homme, affaire n° 10.951, *Coard et autres c. États-Unis*, doc. OEA/ser.L/V/II.106 doc. 3 rev., 1999, par. 37 ; affaire n° 11.589, *Alejandro c. Cuba*, Rapport N° 86/99, doc. OEA/Ser.L/V/II.106 doc. 3 rev., 1999 ; *Victor Saldaño c. Argentine*, Rapport n° 38/99, OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev., p. 289, 1998, par. 18 ; *Rafael Ferrer-Mazorra et autres c. États-Unis*, affaire n° 9903, Rapport n° 51/01, doc. OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 20 rev., 1980, par. 179 ; *Request for Precautionary Measures Concerning the Detainees at Guantánamo Bay, Cuba*, arrêt du 12 mars 2002, *International Legal Materials (ILM)* vol. 41 (2002), p. 532.

⁴⁶ Cour internationale de justice [ci-après « CIJ »], *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, CIJ Recueil 1996, p. 226, par. 25 [ci-après *affaire des armes nucléaires*].

aux droits civils et politiques. Dans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'homme, trois situations peuvent dès lors se présenter : certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme ; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international. Pour répondre à la question qui lui est posée, la Cour aura en l'espèce à prendre en considération les deux branches du droit international précitées, à savoir les droits de l'homme et, en tant que *lex specialis*, le droit international humanitaire⁴⁷.

La Cour a confirmé cette déclaration dans l'affaire concernant le territoire de l'est du Congo occupé par l'Ouganda (*RDC c. Ouganda*). Dans cet arrêt, elle a réitéré le contenu de son avis consultatif rendu dans l'affaire du *Mur*, à savoir que le droit international relatif aux droits de l'homme est applicable aux actes d'un État agissant dans l'exercice de sa compétence en dehors de son propre territoire, particulièrement dans les territoires occupés⁴⁸. Elle a ainsi clairement montré que son avis consultatif précédent touchant les territoires palestiniens occupés ne pouvait s'expliquer par la présence durable d'Israël sur ces territoires⁴⁹, puisque l'Ouganda n'avait pas une telle présence durable et consolidée dans l'est de la République démocratique du Congo. On voit par là que la Cour reconnaît clairement que les droits de l'homme s'appliquent en période d'occupation par une partie belligérante.

L'application extraterritoriale des droits de l'homme

Tout comme la Cour internationale de justice, les organes créés en vertu des traités des droits de l'homme ont considéré que les droits de l'homme s'appliquaient non seulement dans les situations de conflit armé sur le territoire d'un pays, mais aussi dans les situations de conflit armé à l'étranger. Plus récemment, la portée extraterritoriale des droits de l'homme n'a pas été sans soulever des controverses, en particulier en relation avec les conflits armés en Irak et en Afghanistan.

Tandis que la Cour internationale de justice, comme nous l'avons vu plus haut, considère l'application extraterritoriale des droits de l'homme comme un principe général, les arguments sur cette question sont liés au libellé des différents traités et doivent donc être examinés séparément.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

De tous les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, c'est le PIDCP qui contient la disposition la plus restrictive concernant l'application. En effet, le paragraphe 1 de l'article 2 limite l'application du Pacte à l'obligation des États de respecter et de garantir les droits de l'homme à « tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence ». À priori, cette clause signifie que les deux critères sont cumulatifs. Cependant, le Comité des droits de l'homme a interprété cette disposition comme signifiant « les individus relevant de la compétence ou se trouvant sur le territoire de l'État », et par

⁴⁷ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, CIJ Recueil, 2004, p. 136, par. 106 [ci-après affaire du *Mur*].

⁴⁸ CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* [ci-après affaire *RDC c. Ouganda*], arrêt du 19 décembre 2005, par. 216.

⁴⁹ Comme l'affirme Michael J. Dennis dans son article, « Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation », *American Journal of International Law*, vol. 99 (2005), p. 122.

« relevant de [la] compétence » d'un État, il entend toute personne « sous son pouvoir ou son contrôle effectif »⁵⁰.

Cette jurisprudence a son origine dans des affaires sans rapport avec des conflits armés, concernant l'enlèvement, hors du territoire de l'État partie, de dissidents par des agents des services secrets. L'un des premiers cas de violation du PIDCP par des agents d'un État sur territoire étranger fut l'affaire *López Burgos c. Uruguay*.⁵¹ Enlevé à Buenos Aires par des membres des services uruguayens, le plaignant avait été détenu au secret en Argentine avant d'être transporté clandestinement en Uruguay. Si le Comité avait interprété le Pacte au pied de la lettre de l'article 2, il n'aurait pu considérer l'Uruguay comme responsable. Or, le Comité recourut à l'argument téléologique, considérant qu'« il serait excessif d'interpréter la responsabilité définie à l'article 2 du Pacte comme autorisant un État partie à perpétrer sur le territoire d'un autre État des violations du Pacte qu'il ne serait pas autorisé à perpétrer sur son propre territoire »⁵².

Dans sa jurisprudence, le Comité des droits de l'homme a eu maintes occasions de confirmer cette conception. Le Comité a, en particulier, régulièrement appliqué le Pacte à des situations d'occupation militaire⁵³ et à des situations où des armées nationales participaient à des opérations de maintien de la paix⁵⁴. Il a résumé cette interprétation de l'article 2 dans son Observation générale n° 31 :

Aux termes du paragraphe 1 de l'article 2, les États parties sont tenus de respecter et garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et à tous ceux relevant de leur compétence les droits énoncés dans le Pacte. Cela signifie qu'un État partie doit respecter et garantir à quiconque se trouve *sous son pouvoir ou son contrôle effectif* les droits reconnus dans le Pacte même s'il ne se trouve pas sur son territoire. [...] Ce principe s'applique aussi à quiconque se trouve *sous le pouvoir ou le contrôle effectif des forces d'un État partie opérant en dehors de son territoire*, indépendamment des circonstances dans lesquelles ce pouvoir ou ce contrôle effectif a été établi, telles que les forces constituant un contingent national affecté à des opérations internationales de maintien ou de renforcement de la paix⁵⁵.

Se fondant sur l'exigence de pouvoir ou contrôle effectif, le Comité des droits de l'homme accepte donc l'applicabilité extraterritoriale du Pacte dans deux types de situation : le pouvoir sur un territoire – comme dans une situation d'occupation – ou sur une personne, comme dans les affaires d'enlèvement.

La Cour internationale de justice a suivi le même raisonnement que le Comité des droits de l'homme, se référant en outre aux travaux préparatoires du Pacte :

Les travaux préparatoires du pacte confirment l'interprétation donnée par le Comité de l'article 2 de cet instrument. Il en résulte en effet que, en adoptant la rédaction qu'ils ont

⁵⁰ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 31 [80], La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, doc. Nations Unies CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004, par. 10.

⁵¹ Affaire *López Burgos c. Uruguay*, doc. Nations Unies CCPR/C/13/D/52/1979, 29 juillet 1981 ; voir aussi affaire *Celiberti de Casariego c. Uruguay*, doc. Nations Unies CCPR/C/13/D/56/1979, 29 juillet 1981.

⁵² Affaire *López Burgos c. Uruguay*, *op. cit.* (note 51), par. 12.3 ; affaire *Celiberti de Casariego c. Uruguay*, *op. cit.* (note 51), par. 10.3.

⁵³ Comité des droits de l'homme, Observations finales – *Chypre*, doc. Nations Unies CCPR/C/79/Add.39, 3 août 1994, par. 3 ; Observations finales – *Israël*, doc. Nations Unies CCPR/C/79/Add.93, 18 août 1998, par. 10 ; Observations finales – *Israël*, doc. Nations Unies CCPR/CO/78/ISR, 21 août 2003, par. 11.

⁵⁴ Comité des droits de l'homme, Observations finales – *Belgique*, doc. Nations Unies CCPR/C/79/Add.99, 19 novembre 1998, par. 14 ; Observations finales – *Pays-Bas*, doc. Nations Unies CCPR/CO/72/NET, 27 août 2001, par. 8 ; Observations finales – *Belgique*, doc. Nations Unies CCPR/CO/81/BEL, 12 août 2004, par. 6.

⁵⁵ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 31 [80], *op. cit.* (note 50), par. 10 (souligné par nos soins).

retenue, les auteurs du pacte n'ont pas entendu faire échapper les États aux obligations qui sont les leurs lorsqu'ils exercent leur compétence hors du territoire national. Ils ont seulement voulu éviter que des personnes résidant à l'étranger puissent se prévaloir envers leur État d'origine de droits ne relevant pas de la compétence de ce dernier, mais de celle de l'État de résidence⁵⁶.

L'histoire de la rédaction du Pacte est un sujet qui suscite de vives controverses, en particulier entre le Comité des droits de l'homme et les États-Unis d'Amérique, puisque ces derniers considèrent que l'historique de la rédaction démontre précisément que le Pacte n'était pas conçu pour s'appliquer de manière extraterritoriale⁵⁷. Durant la rédaction, les États-Unis proposèrent d'ajouter la condition « sur leur territoire » à l'article 2, qui ne contenait que les mots « relevant de leur compétence »⁵⁸. Eleanor Roosevelt, représentante des États-Unis et alors présidente de la Commission, souligna que les États-Unis étaient « particulièrement désireux » de ne pas assumer « une obligation de garantir les droits visés aux citoyens de pays sous occupation des États-Unis »⁵⁹. Elle expliqua que :

Cette addition est proposée dans le but d'établir clairement que le projet de Pacte s'appliquera seulement aux personnes se trouvant dans le territoire et relevant de la juridiction des États contractants. Les États-Unis craignent que, sans cette addition, le projet de Pacte puisse être interprété comme obligeant les États contractants à adopter une législation concernant des personnes qui, sans résider sur leur territoire, relèvent techniquement, à certains égards, de leur juridiction. Un exemple est fourni, à ce propos, par les territoires occupés de l'Allemagne, de l'Autriche et du Japon : les personnes qui se trouvent dans ces territoires relèvent, dans certains cas, de la juridiction des Puissances occupantes, mais elles demeurent en dehors de la législation de ces Puissances. Un autre exemple est fourni par le cas de territoires donnés à bail : quelques pays ont, pour des fins bien déterminées, donné à bail à d'autres pays certains territoires, et des cas de conflit d'autorité pourraient se présenter entre l'État « bailleur » et l'État « preneur »⁶⁰.

Les États-Unis jugeaient cet amendement nécessaire « pour indiquer clairement qu'un État ne saurait être tenu d'appliquer une législation à l'égard de ses nationaux en dehors de son territoire »⁶¹. Le Royaume-Uni adopta la même position et déclara que « dans certains cas, de tels nationaux relevaient de la compétence de l'État pour certaines questions, mais que

⁵⁶ CII, affaire du *Mur*, *op. cit.* (note 47), par. 109.

⁵⁷ Comité des droits de l'homme, Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l'article 40 du Pacte, Troisièmes rapports périodiques des États parties devant être soumis en 2003 : États-Unis d'Amérique, doc. Nations Unies CCPR/C/USA/3, 28 novembre 2005, Annexe I: Application territoriale du pacte international relatif aux droits civils et politiques ; Summary Record of the 2380th meeting, 18 July 2006, Second and third periodic reports of the United States of America, doc. Nations Unies CCPR/C/SR.2380, 27 juillet 2006 [N.B. ce document n'est disponible qu'en anglais] ; Human Rights First, Submission to the Human Rights Committee, 18 janvier 2006, p. 7, disponible en ligne à l'adresse <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/hrfirst.doc> (date d'accès : 20 avril 2009).

⁵⁸ Documents officiels du Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, 6^e session, Récapitulation des observations des gouvernements sur le projet de Pacte international relatif aux droits de l'homme et sur les projets de nouveaux articles, doc. Nations Unies E/CN.4/365, 22 mars 1950, p. 14 (proposition des États-Unis).

⁵⁹ Documents officiels du Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, 6^e session, Compte rendu analytique de la cent trente-huitième séance, doc. Nations Unies E/CN.4/SR.138, 6 avril 1950, p. 10.

⁶⁰ *Ibid.* ; voir aussi Compte rendu analytique de la cent quatre-vingt treizième séance, doc. Nations Unies E/CN.4/SR.193, 26 mai 1950, par. 53, et Compte rendu analytique de la cent quatre-vingt quatorzième séance, doc. Nations Unies E/CN.4/SR.194, 25 mai 1950, par. 14, 16 et 25.

⁶¹ Documents officiels du Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, 8^e session, Compte rendu analytique de la trois cent vingt-neuvième séance, doc. Nations Unies E/CN.4/SR.329 (27 juin 1952), p. 10 ; voir aussi doc. Nations Unies E/CN.4/SR.194, *op. cit.* (note 60), par. 16.

les autorités du pays étranger concerné interviendraient si l'un d'entre eux venait à commettre une infraction »⁶².

Cependant, en ce qui concerne les *soldats d'un État stationnés en territoire étranger*, Mme Roosevelt déclara que ces soldats, bien que stationnés à l'étranger, relevaient néanmoins de la compétence de l'État⁶³.

Ces échanges montrent bien qu'il est somme toute assez peu utile de se référer aux travaux préparatoires. S'il est clair, en effet, que l'amendement « sur leur territoire » a été ajouté au texte afin de former un critère cumulatif s'ajoutant à l'exigence de la compétence, les motifs sous-tendant l'amendement concernent des situations bien précises : il s'agissait d'éviter des conflits de juridiction entre États souverains. Il n'y avait aucune raison pour qu'un État intervienne sur le territoire d'un autre si ce dernier avait les moyens d'assurer le respect des droits de l'homme. C'est là une situation radicalement différente de celle envisagée dans l'affaire *López Burgos* ou dans des situations d'occupation, dans lesquelles l'autorité de l'État occupé a disparu et a été supplantée par celle de l'État occupant.

La démarche du Comité des droits de l'homme et de la Cour internationale de Justice se justifie donc à plusieurs égards. Selon le paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, « [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. » Le Comité des droits de l'homme semble avoir adopté cette démarche dans ses observations récentes, jugeant que le Pacte devait, s'il était interprété de bonne foi, s'appliquer de manière extraterritoriale⁶⁴. En outre, « [les] travaux préparatoires et [les] circonstances dans lesquelles le traité a été conclu » peuvent être pris en considération aux fins de l'interprétation non seulement si le sens est ambigu ou obscur, mais aussi dans les cas où l'interprétation suivant le sens ordinaire « conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable » (article 32 de la Convention). C'est en ce sens que l'un des membres du Comité des droits de l'homme a écrit, dans l'affaire *López Burgos* :

L'interprétation des mots « sur leur territoire » dans leur sens littéral strict excluant toute responsabilité pour les actes commis hors des frontières de l'État, cependant, *aurait des conséquences totalement absurdes*. [...] Il n'a toutefois jamais été envisagé de conférer aux États parties un pouvoir discrétionnaire sans limite qui leur permettrait de porter atteinte volontairement et d'une manière délibérée à la liberté et à l'intégrité personnelle de leurs nationaux vivant à l'étranger⁶⁵.

Ainsi, même en se reportant aux travaux préparatoires – qui peuvent sembler à première vue conduire à des conclusions inverses –, les interprétations du Comité des droits de l'homme et de la Cour internationale de justice sont convaincantes, et le Pacte doit être compris comme s'appliquant aux personnes se trouvant à l'étranger lorsqu'elles se trouvent sous le pouvoir effectif d'un État partie, tout au moins lorsque ce pouvoir est exercé à l'exclusion du contrôle par l'État du territoire.

⁶² Doc. Nations Unies E/CN.4/SR.329, *op. cit.* (note 61), p. 12.

⁶³ Doc. Nations Unies E/CN.4/SR.194, *op. cit.* (note 60), par. 32 [traduction CICR].

⁶⁴ «L'État partie devrait reconsidérer son approche et interpréter le Pacte de bonne foi, en conformité avec le sens communément attribué à ses termes dans leur contexte, y compris la pratique ultérieure, et à la lumière de son objet et de son but. » Comité des droits de l'homme, Observations finales – *États-Unis d'Amérique*, doc. Nations Unies CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 décembre 2006, par. 10.

⁶⁵ *Lopez Burgos c. Uruguay*, *op. cit.* (note 51) [traduction CICR], Opinion individuelle de M. Tomuschat (souligné par nos soins). On notera que M. Tomuschat a aussi jugé que l'article 2 ne s'appliquait pas aux situations d'occupation, une conclusion que le Comité des droits de l'homme n'a pas suivie par la suite.

La Convention européenne des droits de l'homme

La Convention européenne des droits de l'homme repose sur un champ d'application plus large que le PIDCP, puisque les États parties « reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction » les droits définis par la Convention⁶⁶. L'histoire de la rédaction de l'article 1 ne fournit guère d'indications sur le sens de cet article. Le projet initial faisait référence à « toute personne résidant sur le territoire », expression qui fut remplacée par « toute personne relevant de leur juridiction ». La considération sous-jacente était que le mot « résidant » pourrait être trop restrictif et ne couvrir que les personnes résidant légalement sur le territoire. L'expression « relevant de leur juridiction » fut choisie par la suite sur la base de l'article 2 du projet de Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui était alors discuté par la Commission des Nations Unies⁶⁷.

La Cour européenne des droits de l'homme a de ce fait appliqué plus volontiers la Convention de manière extraterritoriale, puisqu'elle n'avait qu'à interpréter le sens du terme « juridiction ». Dans l'affaire *Loizidou*, la Cour a conclu que lorsqu'un État exerçait *en pratique un contrôle global sur un territoire* – une condition qui est remplie, en particulier, dans le cas d'une occupation militaire –, il exerçait sa juridiction aux fins de l'article 1 de la Convention⁶⁸. Elle a justifié cet argument du contrôle effectif en affirmant : « toute autre conclusion conduirait à une lacune regrettable dans le système de protection des droits de l'homme dans cette région, car les individus qui y résident se verraient privés des garanties fondamentales de la Convention et de leur droit de demander à une Haute Partie contractante de répondre des violations de leurs droits dans une procédure devant la Cour »⁶⁹.

Dans l'affaire *Bankovi•*, la Cour européenne a limité sa compétence en matière d'application extraterritoriale de la Convention. Il s'agissait du bombardement aérien par l'OTAN des locaux de la radio-télévision serbe. Selon la Cour, ces bombardements ne signifiaient pas que les États qui lancèrent ces attaques exerçaient leur juridiction au sens de l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ; la Cour estima en l'occurrence que « si les auteurs de la Convention avaient voulu assurer une juridiction aussi extensive que ne le préconisent les requérants, ils auraient pu adopter un texte identique ou analogue à celui, contemporain, des articles 1 des quatre Conventions de Genève de 1949 »⁷⁰. La Cour a établi une distinction claire entre les hostilités dans un conflit armé international, où aucun État n'exerce de contrôle sur l'autre pendant la bataille, et une situation d'occupation. Elle a ajouté ceci :

En résumé, la Convention est un traité multilatéral opérant, sous réserve de son article 56, dans un contexte essentiellement régional, et plus particulièrement dans l'espace juridique des États contractants, dont il est clair que la RFY ne relève pas. Elle n'a donc pas vocation à s'appliquer partout dans le monde, même à l'égard du comportement des États contractants. Aussi la Cour n'a-t-elle jusqu'ici invoqué l'intérêt d'éviter de laisser des lacunes ou des solutions de continuité dans la protection des droits de l'homme pour établir la juridiction d'un État contractant que dans des cas où, n'eussent été les circonstances spéciales s'y rencontrant, le territoire concerné aurait normalement été

⁶⁶ Article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁶⁷ *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des Droits de l'Homme* (vol. III, p. 260), cité dans : CEDH, affaire *Bankovi• et autres c. Belgique et 16 autres États contractants*, requête n° 52207/99, décision sur la recevabilité, 12 décembre 2001, par. 19.

⁶⁸ CEDH, affaire *Loizidou c. Turquie* (Exceptions préliminaires), arrêt du 23 mars 1995, série A n° 310, par. 62 ; *Loizidou c. Turquie*, arrêt du 18 décembre 1996, Recueil 1996-VI, par. 56 ; affaire *Chypre c. Turquie, op. cit.* (note 3), par. 77.

⁶⁹ CEDH, affaire *Chypre c. Turquie, op. cit.* (note 3), par. 78.

⁷⁰ CEDH, affaire *Bankovi• et autres c. Belgique et 16 autres États contractants, op. cit.* (note 67), par. 75.

couvert par la Convention⁷¹.

Cette argumentation amène à penser que la Cour ne conclurait pas qu'un État exerce sa juridiction s'il exerçait un contrôle global sur un territoire situé en dehors du Conseil de l'Europe⁷².

Or, cette conclusion est contredite par des arrêts ultérieurs. Ainsi, dans l'affaire *Öcalan c. Turquie*, la Cour a jugé que la Turquie était responsable de la détention du requérant par les autorités turques au Kenya, considérant que le plaignant relevait de la juridiction de la Turquie puisqu'il était détenu par des membres des forces de l'ordre turque⁷³. Cette application extraterritoriale plus étendue a été confirmée dans l'affaire *Issa et autres c. Turquie*, dans laquelle la Cour a précisé clairement que le contrôle exercé sur une personne engageait aussi la responsabilité de l'État :

Un État peut aussi être tenu responsable de violations des droits et des libertés garantis par la Convention touchant des personnes qui se trouvent sur le territoire d'un autre État, mais dont il est établi qu'elles sont sous son autorité et son contrôle, lorsque ces violations sont commises par ses agents opérant dans cet État, légalement ou illégalement. La responsabilité, dans ce type de situation, découle du fait que l'article 1 de la Convention ne saurait être interprété comme autorisant un État partie à perpétrer, sur le territoire d'un autre État, des violations de la Convention qu'il ne pourrait commettre sur son propre territoire⁷⁴.

Dans l'affaire *Öcalan* comme dans l'affaire *Issa*, la Cour a reconnu que les États exerçaient leur « juridiction » sur des personnes qui se trouvent sur le territoire d'un autre État, mais qui sont entre les mains de leurs propres agents. Il est intéressant de noter que dans ses motifs, la Cour s'est fondée sur la jurisprudence du Comité des droits de l'homme dans l'affaire *López Burgos* et sur celle de la Commission interaméricaine des droits de l'homme⁷⁵. Cet argument n'est donc pas limité à l'« espace juridique » européen.

Il est difficile de concilier l'arrêt *Bankovi*• avec la jurisprudence ultérieure de la Cour. Peut-être faut-il interpréter cet arrêt en considérant que la Cour a conclu que l'État n'exerçait pas son contrôle effectif sur le territoire ni sur les personnes, ce qui entraîne qu'aucune « juridiction » n'était conférée au titre de l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Toutefois, cela n'explique pas l'argument concernant l'espace juridique des États contractants. On peut aussi essayer de dégager une cohérence dans la jurisprudence en suivant la méthode de la Chambre des Lords du Royaume-Uni dans l'affaire *Al-Skeini*. La Chambre des Lords, après avoir examiné la jurisprudence de la Cour européenne⁷⁶, a fondé ses conclusions sur l'affaire *Bankovi*•, considérée comme faisant autorité, en excluant la juridiction hors de la région du Conseil de l'Europe, avec pour seules exceptions les « actes accomplis à l'étranger par des agents diplomatiques ou consulaires, ou à bord d'aéronefs

⁷¹ *Ibid.*, par. 80.

⁷² Voir la critique sévère de l'arrêt *Bankovi*• par Luigi Condorelli, « La protection des droits de l'homme lors d'actions militaires menées à l'étranger », *Collegium* 32 (2005), p. 100.

⁷³ CEDH, affaire *Öcalan c. Turquie*, arrêt du 12 mars 2003, par. 93.

⁷⁴ CEDH, affaire *Issa et autres c. Turquie*, arrêt du 16 novembre 2004 [traduction CICR – le texte de cet arrêt n'est disponible qu'en anglais], par. 71 ; voir aussi *Isaak c. Turquie*, requête n° 44587/98, Décision de recevabilité du 28 septembre 2008, p. 19 [N.B. ce texte n'est disponible qu'en anglais].

⁷⁵ CEDH, affaire *Issa et autres c. Turquie*, *op. cit.* (note 74), par. 71.

⁷⁶ Y compris des affaires telles que : Commission européenne des droits de l'homme, *Illich Sánchez Ramirez c. France*, 24 juin 1996, Décisions et Rapports 86-A, 1996, p. 155 ; *Freda c. Italie*, 7 octobre 1980, Décisions et Rapports 21, 1980, p. 250 ; *Hess c. Royaume-Uni*, 28 mai 1975, Décisions et Rapports 2, p. 72, 1975.

immatriculés dans l'État en cause ou de navires battant son pavillon »⁷⁷ et les prisons militaires⁷⁸. Or, cette vision des choses contredit l'argumentation de la Cour dans l'affaire *Issa*, ou même dans l'affaire *Öcalan*, dans laquelle il était hors de doute que Öcalan était sous la juridiction de la Turquie dès l'instant de sa remise à des agents turcs, sans remplir aucune des conditions fixées dans l'interprétation de la Chambre des Lords. La jurisprudence future de la Cour européenne des droits de l'homme apportera sans doute plus de clarté, et à cet égard la décision qui sera prise en réponse à la requête interétatique déposée par la Géorgie contre la Russie sera particulièrement intéressante⁷⁹.

Pour résumer, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne la « juridiction » évoquée à l'article 1 n'est pas parfaitement cohérente. Si l'on voit toujours assez mal dans quelle mesure la nature régionale de la Convention peut limiter la juridiction au territoire de la zone géographique du Conseil de l'Europe dans les affaires futures, il semble que la Cour, tout au moins, ne tiendra pas compte de cette limitation dans les cas de personnes détenues à l'étranger. On ne voit pas non plus très bien s'il y aurait exercice de la juridiction au cas où des agents de l'État commettraient un meurtre ciblé illégal à l'étranger, sur un territoire qu'ils ne contrôlèrent pas. C'est bien ce que semble indiquer l'affaire *Issa* ; or il semblerait contradictoire de tenir un État responsable, au regard de la Convention européenne, s'il tue une personne détenue, mais pas s'il commet un meurtre ciblé. Ceci dit, répétons-le, la question n'est pas entièrement réglée.

À nos yeux, le terme « juridiction » ne saurait, en soi, être compris comme désignant l'exercice du contrôle à l'étranger uniquement dans certains États et pas dans d'autres. Un État peut dans la pratique – avec ou sans le consentement de l'État hôte, de manière légale ou illégale – exercer sa juridiction à l'étranger. Ainsi, « des personnes relèveront de la juridiction d'un État dans les situations où on peut considérer qu'elles sont sous le contrôle effectif de cet État ou qu'elles sont affectées par ceux qui agissent au nom de l'État plus généralement, quel que soit l'endroit où l'acte a lieu »⁸⁰. Toutefois, même si la Cour, dans certains cas, ne peut limiter l'application de la Convention à cause du manque de « juridiction », elle peut décider de le faire sur la base d'un argument plus général, à savoir que la Convention est un traité régional et non universel.

La Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme

La Commission interaméricaine des droits de l'homme s'est depuis longtemps déclarée compétente pour connaître d'actes commis par les agents d'un État hors du territoire de celui-ci⁸¹. Elle a fondé sa démarche sur la Déclaration américaine des droits et des devoirs de

⁷⁷ Citation tirée de l'affaire *Bankovi*, *op. cit.* (note 67), par. 73.

⁷⁸ Chambre des Lords, *Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, arrêt du 13 juin 2007, [2007] UKHL 26, par. 61-83, 91 et 105-132 ; la Cour d'appel a interprété la jurisprudence de la CEDH en un sens plus large, couvrant à la fois le contrôle global d'un territoire et le pouvoir sur une personne : voir *R v. the Secretary of State for Defence, ex parte Al-Skeini and others*, arrêt du 21 décembre 2005, [2005] EWCA Civ 1609, par. 62-112.

⁷⁹ CEDH, communiqué du greffier, « La Cour européenne des droits de l'homme fait droit à une demande de mesures provisoires », n° 581, 12 août 2008.

⁸⁰ Sir Elihu Lauterpacht et Daniel Bethlehem, « Avis sur la portée et le contenu du principe du non-refoulement », dans : Erika Feller, Volker Türk et Frances Nicolson (éd.), *La protection des réfugiés en droit international : consultations mondiales du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés sur la protection internationale*, Larcier, Bruxelles, 2008, par. 67.

⁸¹ Voir, pour un tour d'horizon de sa jurisprudence, Cristina Cerna, « Extraterritorial Application of the Human Rights Instruments of the Inter-American System », dans : Fons Coomans et Menno Kamminga (éd.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia, Anvers, 2004, pp. 141-174, et Douglas Cassel, « Extraterritorial Application of Inter-American Human Rights Instruments », *ibid.*, pp. 175-181.

l'homme, qui ne contient pas de clause relative à l'application. L'argumentation de la Commission est d'ordre téléologique : puisque les droits de l'homme sont, par définition, inhérents à tout être humain, les États doivent garantir ces droits à toute personne se trouvant sous leur juridiction, ce qui selon la Commission signifie toute personne « sous son autorité et son contrôle »⁸².

La Commission a aussi adopté une attitude moins restrictive que la Cour européenne des droits de l'homme au sujet des opérations militaires. Alors que la Cour européenne s'est déclarée incompétente dans l'affaire *Banković*, la Commission interaméricaine a déclaré, dans l'affaire de l'invasion du Panama par les États-Unis en 1989, en appliquant le critère de relation de cause à effet :

Lorsqu'il est fait état d'un emploi de la force militaire qui a entraîné des décès de non-combattants, des blessures aux personnes et des dommages aux biens, les droits humains des non-combattants entrent en ligne de compte. Dans le contexte de la présente affaire, les garanties définies dans la Déclaration américaine sont en cause. La présente affaire comporte des allégations de faits couverts par la Déclaration. La Commission est donc autorisée à connaître de l'affaire au fond⁸³.

Cette affaire est toutefois en instance depuis 1993, sans qu'aucune décision n'ait été prise quant au fond.

La Commission interaméricaine a dû aussi se prononcer sur des meurtres commis par des agents de l'État à l'étranger. Elle a ainsi condamné l'assassinat de Orlando Letelier à Washington et de Carlos Prats à Buenos Aires par des agents chiliens en tant que violation du droit à la vie⁸⁴. Elle a, de manière similaire, condamné des attaques contre des ressortissants du Surinam par des agents surinamais aux Pays-Bas⁸⁵.

Résumons : la Commission interaméricaine considère que les États sont responsables pour tout acte commis sous leur autorité et leur contrôle, et elle a interprété ces critères de la manière la plus large possible, y compris dans des cas d'attaques armées sur sol étranger.

La Convention contre la torture, la Convention relative aux droits de l'enfant, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale

L'article 2 de la Convention contre la torture appelle chaque État partie à prendre des mesures efficaces pour empêcher que des actes de torture soient commis « dans tout territoire sous sa juridiction ». La proposition originale disait simplement « dans sa juridiction ». Lors de la rédaction, on fit observer que cette expression pourrait être interprétée comme s'appliquant à des ressortissants d'un État résidant sur le territoire d'un autre État. Proposition fut faite alors de remplacer cette expression par les mots « dans tout territoire sous sa juridiction », formule « qui serait applicable aux tortures infligées à bord de navires ou d'aéronefs immatriculés dans l'État considéré et couvrirait aussi les territoires occupés »⁸⁶. Conformément à cette

⁸² Affaire *Coard et autres c. États-Unis*, *op. cit.* (note 45), par. 37 [traduction CICR].

⁸³ Affaire *Salas c. États-Unis*, Rapport n° 31/93, affaire 10.573, 14 octobre 1993, *Annual Report 1993*, OEA/Ser.L/V/85, doc. 9 rev., 11 février 1994, par. 6 [traduction CICR].

⁸⁴ *Report on the Situation of Human Rights in Chile*, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 17, 9 septembre 1985, chapitre III, par. 81-91, 181.

⁸⁵ *Second Report on the Human Rights Situation in Suriname*, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 21 rev. 1, 2 octobre 1985, chapitre V, par. E.

⁸⁶ Rapport du Groupe de travail chargé du projet de Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, doc. Nations Unies E/CN.4/L.1470, 12 mars 1979, par. 32 ; La France proposait de remplacer les termes « sous sa juridiction » par « sur son territoire » dans l'ensemble du texte. Voir

intention, le Comité contre la torture a interprété cette disposition comme incluant les territoires placés de fait sous le contrôle effectif d'un État partie à la Convention, s'opposant à l'avis de certains États, au nombre desquels le Royaume-Uni⁸⁷ et les États-Unis⁸⁸.

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ne contient aucune clause relative à l'application⁸⁹. Tant le Comité des Nations Unies sur les droits économiques, sociaux et culturels que la Cour internationale de justice ont néanmoins affirmé que ce traité était applicable à toutes les personnes sous le contrôle d'un État, spécialement en territoire occupé⁹⁰.

La Convention relative aux droits de l'enfant garantit, au paragraphe 1 de son article 2, les droits énoncés dans la Convention à tout enfant relevant de la juridiction des États parties ; le Comité des droits de l'enfant ainsi que la Cour internationale de justice ont interprété cette disposition comme incluant les territoires occupés⁹¹.

La Cour internationale de justice a conclu, dans son ordonnance du 15 octobre 2008 relative à l'affaire opposant la Géorgie et la Fédération de Russie, que les dispositions de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale paraissent généralement applicables aux actes d'un État partie lorsque celui-ci agit hors de son territoire⁹².

La pratique des États

Les États membres du Conseil de l'Europe ont adopté à l'unanimité, au sein du Comité des ministres, l'organe décisionnel du Conseil, des résolutions demandant l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme qui avaient appliqué la Convention de manière extraterritoriale, comme par exemple dans l'affaire *Chypre c. Turquie*, concernant les violations commises par la Turquie pendant l'occupation⁹³, ou pour les violations commises par la Fédération de Russie en Transnistrie, dans la République de Moldova⁹⁴.

Les positions et la pratique des États concernant l'application extraterritoriale des droits de l'homme, telles qu'exprimées depuis longtemps dans des résolutions de l'Assemblée générale ou du Conseil de sécurité, tendent à confirmer l'application des droits de l'homme dans les conflits armés internationaux. Après l'invasion de la Hongrie par l'armée soviétique en 1956, l'Assemblée générale fit appel à l'URSS et aux autorités hongroises « pour qu'elles [...] respectent [...] la jouissance par le peuple hongrois des droits de l'homme et des libertés

doc. Nations Unies E/CN.4/1314, 19 décembre 1978, par. 54.

⁸⁷ Comité contre la torture, Conclusions et recommandations : Royaume-Uni, doc. Nations Unies CAT/C/CR/33/3, 10 décembre 2004, par. 4 b).

⁸⁸ Comité contre la torture, Trente-sixième session, Summary Record of the 703rd meeting, doc. Nations Unies CAT/C/SR.703, 12 mai 2006, par. 14 [N. B. ce document n'est disponible qu'en anglais].

⁸⁹ Il en va de même de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

⁹⁰ CIJ, affaire du *Mur*, *op. cit.* (note 47), par. 112.

⁹¹ Comité des droits de l'enfant, Trente et unième session, Observations finales : Israël, doc. Nations Unies CRC/C/15/Add.195, 9 octobre 2002 ; CIJ, affaire du *Mur*, *op. cit.* (note 47), par. 113.

⁹² CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, par. 109.

⁹³ Résolution intérimaire ResDH(2005)44 relative à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 10 mai 2001 dans l'affaire Chypre contre Turquie (adoptée par le Comité des ministres le 7 juin 2005, lors de la 928^e réunion des Délégués des Ministres).

⁹⁴ Résolution intérimaire ResDH(2006)26 relative à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 8 juillet 2004 (Grande Chambre) dans l'affaire *Iliașcu et autres contre la Moldova et la Fédération de Russie* (adoptée par le Comité des Ministres le 10 mai 2006, lors de la 964^e réunion des Délégués des Ministres).

fondamentales »⁹⁵. En 1967, le Conseil de sécurité considéra, au sujet des territoires occupés par Israël, que « les droits de l'homme essentiels et inaliénables doivent être respectés, même dans les vicissitudes de la guerre »⁹⁶. Plus récemment, le Conseil a déploré les violations des droits de l'homme commises par des « milices et groupes armés étrangers » dans la République démocratique du Congo⁹⁷. Comme signalé plus haut, les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies et de la Commission des Nations Unies pour les droits de l'homme ont parfois invoqué les droits de l'homme dans des situations de ce type⁹⁸.

Rares sont les États qui ont contesté, devant les organes des droits de l'homme, l'applicabilité des traités des droits de l'homme à l'étranger⁹⁹. À l'exception d'Israël, il semble qu'aucun pays n'ait régulièrement contesté l'applicabilité extraterritoriale des instruments relatifs aux droits de l'homme. Relevons en outre que d'importantes juridictions nationales, en Israël¹⁰⁰ et au Royaume-Uni¹⁰¹ par exemple, ont reconnu l'application extraterritoriale des droits de l'homme. Les objections de ces gouvernements ne reflètent donc pas nécessairement une pratique interne cohérente de l'État, puisque cette pratique englobe l'ensemble des pouvoirs de l'État (l'exécutif, le législatif et le judiciaire)¹⁰².

Sans chercher à établir lesquels des droits de l'homme relèvent du droit coutumier – ce qui sortirait du cadre de cet article –, il est hors de doute que les droits de l'homme fondamentaux tels que l'interdiction de la privation arbitraire de la vie, l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants, l'interdiction de la privation arbitraire de la liberté, ou encore le droit à un procès équitable, font partie du droit international coutumier. Quant à leur portée territoriale, les résolutions des Nations Unies citées plus haut montrent que l'application extraterritoriale n'a pas été mise en doute en dehors du droit des traités¹⁰³. Les droits de l'homme qui font partie du droit international

⁹⁵ Assemblée générale, résolution 1312 (XIII), 12 décembre 1958, par. 7.

⁹⁶ Conseil de sécurité, résolution 237 (1967) du 14 juin 1967, par. 2 du préambule. Voir note 15 *supra*.

⁹⁷ Conseil de sécurité, résolution 1649 (2005) du 21 décembre 2005, doc. Nations Unies S/RES/1649, par. 3 du préambule.

⁹⁸ Voir les notes 25 et 26.

⁹⁹ Voir Comité des droits de l'homme, Réponses du Gouvernement néerlandais aux préoccupations exprimées par le Comité des droits de l'homme dans ses observations finales (CCPR/CO/72/NET), doc. Nations Unies CCPR/CO/72/NET/Add.1, 29 avril 2003, par. 19 ; Deuxième rapport périodique d'Israël au Comité des droits de l'homme, Additif, doc. Nations Unies CCPR/C/ISR/2001/2, 4 décembre 2001, par. 8 ; Conseil économique et social, Rapport initial d'Israël au Comité des droits économiques, sociaux et culturels, doc. Nations Unies E/1990/6/Add.32, 16 octobre 2001, par. 5 ; Comité contre la torture, Conclusions et recommandations sur le Royaume-Uni, doc. Nations Unies CAT/C/CR/33/3, 10 décembre 2004, par. 4 b) ; Trente-sixième session, Summary Record of the 703rd meeting, doc. Nations Unies CAT/C/SR.703, 12 mai 2006, par. 14 [N.B. il n'existe pas de version française de ce document] ; Comité des droits de l'homme, deuxième et troisième rapports périodiques des États-Unis d'Amérique, *op. cit.* (note 57), Annexe I.

¹⁰⁰ Voir, par exemple, Israël Court of Justice, affaire *Marab v. IDF Commander in the West Bank*, HCJ 3239/02, arrêt du 18 avril 2002.

¹⁰¹ England and Wales High Court of Justice, affaire *Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, [2004] EWHC 2911 (Admin), n° CO/2242/2004, 14 décembre 2004 ; voir aussi England and Wales Court of Appeal, affaire *Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, [2005] EWCA Civ 1609, 21 décembre 2005, par. 3-11, 48-53, 189-190 ; England and Wales High Court of Justice, affaire *Al-Jedda, R v. Secretary of State for Defence*, [2005] EWHC 1809 (Admin), 12 août 2005.

¹⁰² L'importance des décisions de justice dans la constitution du droit coutumier, lorsqu'elles sont en contradiction avec les positions du pouvoir exécutif, est un thème controversé. Voir Association de droit international, *Final Report of the Committee on Formation of Customary International Law, Statement of principles applicable to the formation of general customary international law*, London, 2000, pp. 17, 18, disponible à l'adresse <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/30> (dernière visite le 22 juin 2009).

¹⁰³ Voir, par exemple, *Operational Law Handbook* de l'Armée des États-Unis, Judge Advocate General's Legal Centre and School, Charlottesville, 2006, ch. 3, p. 47. Au sujet de la portée extraterritoriale du droit coutumier à la vie, voir Nils Melzer, *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 287 ; David Kretzmer, « Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-judicial Executions or Legitimate Means of

coutumier sont de nature universelle, et s'appliquent par conséquent à chaque être humain, où qu'il se trouve. On peut donc affirmer que les droits de l'homme coutumiers s'appliquent dans tous les territoires du monde, et que tout agent de l'État, qu'il agisse sur son propre territoire ou à l'étranger, est tenu de les respecter. En d'autres termes, le respect des droits de l'homme coutumiers n'est pas une question d'application extraterritoriale, car en dehors des clauses d'application des traités, le respect des droits de l'homme n'a jamais été soumis à des limites territoriales.

Complémentarité et *lex specialis*

L'application parallèle des droits de l'homme et du droit humanitaire peut offrir aux personnes une forte protection, mais peut aussi soulever de nombreux problèmes. Avec la spécialisation croissante des diverses branches du droit international, les divers régimes juridiques se recoupent, se complètent ou se contredisent mutuellement. Les droits de l'homme et le droit humanitaire ne sont qu'une illustration de ce phénomène¹⁰⁴. Il est donc nécessaire, pour analyser la relation entre les droits de l'homme et le droit humanitaire, d'examiner les règles internationales pertinentes ainsi que les principes généraux d'interprétation.

Les caractéristiques propres au droit relatif aux droits de l'homme et au droit humanitaire

Avant d'aborder les possibilités d'application parallèle, il convient de rappeler certaines distinctions fondamentales entre ces deux branches de droit. Premièrement, le droit humanitaire ne s'applique qu'en temps de conflit armé, alors que les droits de l'homme s'appliquent en tout temps. Deuxièmement, le droit des droits de l'homme et le droit humanitaire lient, traditionnellement, des parties qui sont de nature différente. S'il est évident que le droit humanitaire doit être respecté par les « parties au conflit »¹⁰⁵ – ce qui inclut autant les autorités de l'État que les parties non-étatiques – la question est beaucoup plus complexe en ce qui concerne les droits de l'homme. Par tradition, le droit international relatif aux droits de l'homme est réputé contraignant pour les seuls États, et il conviendra de suivre l'évolution du droit à cet égard¹⁰⁶. Troisièmement, tandis que la plupart des droits de l'homme définis en droit international peuvent faire l'objet de dérogations¹⁰⁷, tel n'est pas le cas des règles de droit humanitaire (avec une seule exception, de portée limitée : l'article 5 de la IV^e Convention de Genève). Enfin, il y a des différences considérables en ce qui concerne la procédure et les droits secondaires, comme le droit à un recours individuel ; nous y reviendrons plus loin¹⁰⁸.

Il apparaît donc d'emblée qu'une fusion totale des deux branches de droit est exclue. De ce fait, il est tout naturel que la jurisprudence comme la pratique tendent plutôt à montrer

Defence? », *European Journal of International Law*, vol. 16 (2005), pp. 171, 185 ; Orna Ben Naftali et Yuval Shany, « Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories », *Israel Law Review*, vol. 37 (2004), pp. 17, 87.

¹⁰⁴ Bothe, *op. cit.* (note 4), p. 37.

¹⁰⁵ Voir l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève.

¹⁰⁶ Article 2 du PIDCP ; article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ; article 1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme ; voir Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

¹⁰⁷ Voir article 4 du PIDCP ; article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme ; article 27 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme.

¹⁰⁸ Voir plus bas sous « Enquêtes, voies de recours, réparations ».

que les droits de l'homme et le droit humanitaire ne s'excluent pas mutuellement, mais se complètent et se renforcent l'un l'autre. La notion de complémentarité relève cependant davantage de la politique que du droit. Pour créer un cadre juridique au sein duquel ces deux branches de droit peuvent s'associer, il faut disposer d'outils que seuls les principes d'interprétation juridique peuvent fournir. Voilà qui nous amène à deux grandes notions : celle de complémentarité dans son sens juridique, conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités, et celle de *lex specialis*.

La « complémentarité »

La complémentarité signifie que le droit relatif aux droits de l'homme et le droit humanitaire, loin d'entrer en conflit, peuvent s'influencer et se renforcer mutuellement puisqu'ils reposent sur les mêmes principes et valeurs. Dans cette acception, la complémentarité reflète une méthode d'interprétation inscrite au paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui précise qu'il convient, pour interpréter une règle, de tenir compte « de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». Ce principe consacre, d'une certaine manière, l'idée du droit international conçu comme un système cohérent¹⁰⁹. Il voit le droit international comme un régime au sein duquel divers ensembles de règles cohabitent en harmonie. Ainsi, les droits de l'homme peuvent être interprétés à la lumière du droit international humanitaire et vice versa.

Le principe de la *lex specialis*

Il arrive souvent, cependant, que la relation entre le droit des droits de l'homme et le droit humanitaire soit décrite comme une relation entre droit général et droit spécialisé, dans laquelle le droit humanitaire joue le rôle de *lex specialis*. Telle a été la conclusion de la Cour internationale de justice dans l'affaire des *armes nucléaires*, citée plus haut, dans laquelle la Cour a conclu :

C'est toutefois, en pareil cas, à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie¹¹⁰.

La Cour a réitéré la référence au principe de la *lex specialis* dans l'affaire du *Mur*¹¹¹. Elle ne l'a pas fait, en revanche, dans l'affaire *RDC c. Ouganda*¹¹². Comme elle n'a pas donné d'explication à cette omission, il est difficile de dire s'il s'agissait d'un choix délibéré marquant un changement d'attitude de sa part.

Parmi les organismes internationaux de défense des droits de l'homme, la Commission interaméricaine a suivi la jurisprudence de la Cour internationale de justice, en invoquant le principe de la *lex specialis*¹¹³, mais d'autres organismes n'ont pas fait de même. Ni la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, ni la Cour européenne des

¹⁰⁹ Campbell McLachlan, « The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54 (2005), pp. 279-320 ; Commission du droit international, Rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, doc. Nations Unies A/CN.4/L.676, 29 juillet 2005, par. 27 ; voir aussi Philippe Sands, « Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law », *Yale Human Rights and Development Law Journal*, vol. 1 (1999), pp. 85, 95.

¹¹⁰ Affaire des *armes nucléaires*, *op.cit.* (note 46), par. 25.

¹¹¹ Affaire du *Mur*, *op. cit.* (note 47), par. 106.

¹¹² Affaire *RDC c. Ouganda*, *op. cit.* (note 48), par. 216.

¹¹³ Affaire *Coard et autres c. États-Unis*, *op. cit.* (note 45), par. 42.

droits de l'homme n'ont à ce jour fait connaître leur position sur ce sujet. Quant au Comité des droits de l'homme, il a pris position, mais sans recourir à l'expression *lex specialis*, concluant que « les deux domaines du droit sont complémentaires et ne s'excluent pas l'un l'autre »¹¹⁴.

Le principe de la *lex specialis* est largement accepté en matière d'interprétation dans le droit international. Il découle d'un principe d'interprétation de droit romain selon lequel, dans des situations régies par une règle spécifique, celle-ci l'emporte sur la règle plus générale (*lex specialis derogat leges generalis*). Le principe de la *lex specialis* figure déjà dans les écrits d'auteurs tels que de Vattel¹¹⁵ ou Grotius, lequel écrit :

Quant à la question de savoir quelle est celle des clauses d'un écrit qui doit prévaloir lorsqu'il y a un conflit provenant d'un cas imprévu [...] [p]armi les conventions égales entre elles [...], que l'on préfère ce qui est le plus particulier, et ce qui approche le plus de la chose ! Car ce qui est spécial est ordinairement plus efficace que ce qui est général¹¹⁶.

Nombre de juristes ont critiqué le principe de la *lex specialis* arguant de son manque de clarté. Ils affirment, en premier lieu, que le droit international, contrairement au droit national, n'a ni hiérarchie claire des normes, ni législateur central, mais « une diversité d'instances, souvent sans rapport et indépendantes les unes des autres, qui créent un système différent de l'ordre juridique national, doté d'une cohérence plus forte »¹¹⁷. Deuxièmement, ils insistent sur le fait que le principe de la *lex specialis* a été conçu originellement pour le droit national, et ne saurait s'appliquer tel quel au système de droit international, qui est très fragmenté¹¹⁸. Troisièmement, ces auteurs soulignent que rien n'indique, en particulier entre le droit des droits de l'homme et le droit humanitaire, laquelle de ces deux normes est la *lex specialis* ou la *lex generalis*¹¹⁹ ; d'aucuns, par exemple, avancent que le droit des droits de l'homme pourrait fort bien être le droit prééminent pour les personnes qui se trouvent au pouvoir d'une autorité¹²⁰. On a même pu dire que « ce principe très général permet de manipuler le droit de manière telle à soutenir les arguments, pourtant diamétralement opposés, des tenants et des opposants de la compartimentalisation du DIH et du droit relatif aux droits de l'homme »¹²¹. Des auteurs ont donc proposé d'autres modèles que celui de la *lex specialis*, qu'ils ont appelés « théorie pragmatique de l'harmonisation »¹²², « pollinisation mutuelle »¹²³, « fécondation réciproque »¹²⁴, ou encore « modèle mixte »¹²⁵. Sans entrer dans le détail, ces

¹¹⁴ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 31 [80], *op. cit.* (note 55), par. 11.

¹¹⁵ Emer de Vattel, *Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle*, Livre second, ch. XVII, par. 316, Slatkine Reprints / Institut Henry-Dunant, Genève, 1983 (reproduction de l'édition originale de 1758).

¹¹⁶ Hugo Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix*, Livre II, chapitre XVI, section XXIX, trad. par P. Pradier-Fodéré, Presses universitaires de France, 1999, p. 413.

¹¹⁷ Anja Lindroos, « Addressing the Norm Conflicts in a Fragmented System: The Doctrine of *Lex Specialis* », *Nordic Journal of International Law*, vol. 74 (2005), p. 28 [traduction CICR].

¹¹⁸ Voir, par exemple, Commission du droit international, *Rapport du Groupe d'étude*, *op. cit.* (note 109) ; Lindroos, *op. cit.* (note 117), pp. 27-28.

¹¹⁹ Nancie Prud'homme, « *Lex specialis*: Oversimplifying a More Complex and Multifaceted Relationship? », *Israel Law Review*, vol. 40(2) (2007), p. 356 ; Gloria Gaggioli et Robert Kolb, « A Right to Life in Armed Conflicts? The Contribution of the European Court of Human Rights », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 37 (2007), pp. 115-163.

¹²⁰ Louise Doswald-Beck, « Le droit international humanitaire et l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 823 (janvier-février 1997), p. 37.

¹²¹ Prud'homme, *op. cit.* (note 119), p. 14 [traduction CICR].

¹²² *Ibid.*, p. 6.

¹²³ Rene Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 350.

¹²⁴ Sands, *op. cit.* (note 109), pp. 85-105.

conceptions ont en commun d'insister sur ce que les deux branches de droit ont en commun plutôt que sur ce qui les oppose.

Enfin, il semble que les spécialistes ne soient pas d'accord sur le sens à donner au principe de la *lex specialis*. Le rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international sur la fragmentation du droit international a conclu que la *lex specialis* n'est pas nécessairement une règle permettant de résoudre les conflits entre normes, mais qu'elle a en réalité un double rôle : soit en tant qu'interprétation plus spécifique, soit en tant qu'exception au droit général. Comme l'explique M. Koskenniemi :

Le lien existant entre la règle générale (souvent appelée principe ou norme) et la règle spéciale peut se concevoir de deux façons. Dans certains cas, une règle spéciale peut être vue comme une application de la règle générale. C'est-à-dire qu'elle peut donner des indications sur les obligations imposées par la règle générale dans le cas précis. Dans d'autres, la règle spéciale déroge à la règle générale et peut donc être considérée comme une exception. Le principe *lex specialis derogat legi generali* est généralement vu comme une règle permettant de résoudre les conflits entre normes. Cependant, il peut avoir d'autres applications¹²⁶.

Conçu non pas comme un principe destiné à résoudre des conflits entre normes, mais comme principe d'interprétation plus spécifique, la maxime de la *lex specialis* incorpore en soi la démarche de complémentarité évoquée plus haut. Elle est très proche du principe inscrit au paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui dispose que les traités doivent être interprétés à la lumière les uns des autres.

Ainsi, le principe de la *lex specialis* comporte deux aspects : d'une part, sa signification en tant que principe d'interprétation, en fonction duquel une règle plus générale doit être interprétée à la lumière d'une règle plus spécifique. D'autre part, sa fonction de règle régissant les conflits entre diverses normes.

À la lumière de ce qui précède, on peut tirer la conclusion suivante. Si la complémentarité – c'est-à-dire la *lex specialis*, entendue comme principe d'interprétation – peut souvent offrir une solution permettant d'harmoniser des normes différentes, elle a néanmoins ses limites. Lorsqu'il y a une véritable contradiction entre deux normes, l'une d'entre elles doit l'emporter¹²⁷. Dans de telles situations, le principe de la *lex specialis*, comme principe de règlement des conflits, donne la priorité à la règle qui est le mieux adaptée au cas d'espèce. La question de savoir laquelle des normes est la plus spécifique dans une situation donnée peut donner lieu à controverse, et de fait, « il n'est guère réaliste de décider, de manière théorique, que toute une branche de droit est plus spécifique qu'une autre »¹²⁸. Ceci ne devrait pas pour autant remettre en question le principe de la *lex specialis* en tant que tel. Si les règles du droit humanitaire et celles du droit relatif aux droits de l'homme peuvent la plupart du temps être interprétées à la lumière les unes des autres, il n'en demeure pas moins que certaines d'entre elles sont contradictoires, et en pareil cas il faut décider laquelle l'emporte. Pour déterminer laquelle est la plus spécifique, les critères les plus importants sont la précision et la clarté de la règle, ainsi que son adéquation aux circonstances particulières du cas examiné.

¹²⁵ Kretzmer, *op. cit.* (note 103), p. 171.

¹²⁶ Martti Koskenniemi, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international. Etude intitulée : « La fonction et la portée de la règle de *lex specialis* et la question des régimes autonomes »*, Rapport préliminaire de M. Koskenniemi, président du groupe d'études, ILC (LVI)/SG/FIL/CRD.1 et Addendum, ILC (LVI)/SG/FIL/CRD.1/Add.1, p. 4 [traduction CICR].

¹²⁷ Voir Commission du droit international, Rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *op. cit.* (note 109), par. 42.

¹²⁸ Lindroos, *op. cit.* (note 117), p. 44 [traduction CICR].

L'application de la *lex specialis*, dans ses deux fonctions différentes, à l'interaction entre les droits de l'homme et le droit humanitaire peut être illustrée par l'exemple de l'emploi de la force, en particulier dans les conflits armés non internationaux et dans des situations d'occupation.

L'emploi de la force

Les normes différentes concernant l'emploi de la force selon le droit des droits de l'homme et le droit humanitaire

Les règles régissant l'emploi de la force en droit humanitaire et en droit des droits de l'homme sont fondées sur des principes différents. Le droit relatif aux droits de l'homme « requiert que chaque cas d'emploi létal de la force par des agents de l'État soit examiné, tandis que [le droit humanitaire] est fondé sur la prémisse que la force sera employée et que des êtres humains seront délibérément tués »¹²⁹.

En droit des droits de l'homme, la seule situation où il peut être licite de recourir à une force meurtrière est un danger *imminent* de violence grave que seul un tel emploi de la force peut permettre d'éviter. Ce danger ne peut être purement hypothétique : il doit être imminent¹³⁰. Ce recours extrêmement étroit à la force létale pour protéger le droit à la vie est confirmé par les Principes de base des Nations Unies sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois, qui disposent que les responsables de l'application des lois « ne recourront intentionnellement à l'usage meurtrier d'armes à feu que si cela est absolument inévitable pour protéger des vies humaines », et qui précisent qu'un avertissement clair de l'intention d'utiliser des armes à feu doit être donné, « en laissant un délai suffisant pour que l'avertissement puisse être suivi d'effet »¹³¹. Au regard des droits de l'homme, il est pour ainsi dire exclu que la planification d'une opération destinée à tuer puisse être légale. Les policiers sont formés à des techniques permettant de réduire la tension ou d'utiliser les armes de manière totalement différente de celle des soldats. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi une abondante jurisprudence relative aux exigences de planification et de maîtrise de l'emploi de la force pour éviter le recours à la force létale¹³².

En droit international humanitaire, les grands principes qui limitent l'usage de la force sont la distinction, la précaution et la proportionnalité, afin d'éviter des pertes incidentes en vies humaines ou des dommages collatéraux aux biens de caractère civil¹³³. Le principe de

¹²⁹ Kenneth Watkin, « Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict », *American Journal of International Law*, vol. 98 (2004), p. 32 [traduction CICR].

¹³⁰ Voir les principes 9 et 10 des Principes de base des Nations Unies sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois, adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, La Havane (Cuba), 27 août au 7 septembre 1990, disponible à l'adresse <http://www2.ohchr.org/french/law/armes.htm> (dernière visite le 25 juin 2009) ; voir aussi Nigel Rodley, *The Treatment of Prisoners Under International Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 182-188 ; Kretzmer, *op. cit.* (note 103), p. 179.

¹³¹ Principes 9 et 10 des Principes de base des Nations Unies sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois, *op.cit.* (note 130).

¹³² CEDH, affaire *McCann et autres c. Royaume-Uni*, requête n° 18984/91, 27 septembre 1995, par. 202 à 213 ; affaire *Andronicou et Constantinou c. Chypre*, arrêt du 9 octobre 1997, Recueil 1997-VI, par. 181-186, 191-193 ; *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, arrêt du 4 mai 2001, par. 103-104 ; affaire *Ergi c. Turquie*, *op. cit.* (note 43), par. 79 ; affaire *Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva c. Russie*, *op. cit.* (note 43), par. 169-171 ; affaire *Issaïeva c. Russie*, *op. cit.* (note 43), par. 189.

¹³³ Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck (éd.), *Droit international humanitaire coutumier, volume I :*

proportionnalité en droit humanitaire diffère du principe de proportionnalité dans le contexte des droits de l'homme¹³⁴, car si le droit relatif aux droits de l'homme exige que l'emploi de la force soit proportionné à l'objectif de protection de la vie, le droit humanitaire requiert que les pertes incidentes en vies humaines dans la population civile, les blessures aux personnes civiles, les dommages aux biens de caractère civil causés par une attaque armée ne soient pas excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu¹³⁵. Ces deux principes peuvent conduire à des résultats différents. D'autre part, certains auteurs considèrent que « les différences s'estompent progressivement, avec le développement croissant, par les organes des droits de l'homme, d'un corpus de droits de l'homme en temps de guerre, qui tient compte des caractéristiques particulières de ce type de situation »¹³⁶.

Selon un point de vue de plus en plus répandu, la capacité de recourir à la force létale, même en droit humanitaire, serait limitée non seulement par un principe de proportionnalité destiné à limiter les pertes incidentes en vies humaines ou les dommages aux biens de caractère civil, mais aussi par d'autres limitations inhérentes au droit humanitaire, en particulier le principe de la nécessité militaire et le principe d'humanité¹³⁷. L'une des normes les plus anciennes que l'on cite à cet égard est le préambule de la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868, qui dispose que « le seul but légitime que les Etats doivent se proposer [...] est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi »¹³⁸. D'autres règles pourraient être citées à l'appui de cette conception, en particulier l'interdiction de ne pas faire de quartier¹³⁹ ou l'interdiction d'employer des armes de nature à causer des maux superflus¹⁴⁰. La nécessité militaire, entendue en ce sens, est conçue non seulement comme un principe sous-jacent du droit international humanitaire, ni même comme un principe habilitant assujettissant d'autres règles de droit humanitaire à l'objectif militaire, mais bien comme un principe qui impose des contraintes aux moyens et méthodes de guerre. En termes d'emploi de la force, il limite ce recours au degré et au type de force nécessaire pour obtenir la soumission de l'ennemi. C'est pourquoi « le fait que [le droit humanitaire] n'interdise pas les attaques directes contre les combattants n'entraîne pas un droit légal de tuer les combattants en tout temps et en tout lieu aussi longtemps qu'ils ne sont pas hors de combat au sens de l'article 41 [par. 2] du Protocole additionnel I »¹⁴¹. Cette vision des choses, cependant, ne fait pas l'unanimité parmi les spécialistes et les praticiens du droit international humanitaire.

Étant donné ces règles différentes, il est intéressant de se pencher sur l'évolution

Règles, CICR/Bruylant, Bruxelles, 2006, règles 11 à 21.

¹³⁴ Voir la discussion du principe de proportionnalité dans : Noam Lubell, « Challenges in applying human rights law to armed conflict », *International Review of the Red Cross*, vol. 87, N° 860 (décembre 2005), pp. 745-746.

¹³⁵ Voir la codification au par. 5 de l'art. 51 du Protocole additionnel I.

¹³⁶ Gaggioli et Kolb, *op. cit.* (note 119), p. 138 [traduction CICR].

¹³⁷ On trouvera une analyse approfondie de la notion de nécessité militaire et de son utilisation dans les manuels militaires modernes dans : Melzer, *op. cit.* (note 103), pp. 336 à 356 ; voir aussi Gaggioli et Kolb, *op. cit.* (note 119), p. 136.

¹³⁸ Préambule de la Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre, adoptée à Saint-Petersbourg en 1868. L'art. 14 du Code Lieber contient une disposition similaire : « La nécessité militaire, ainsi que la comprennent aujourd'hui les nations civilisées, s'entend de la nécessité de mesures indispensables pour atteindre les buts de guerre, et légales selon les lois et coutumes de la guerre. » Voir aussi les articles 15 et 16 du Code Lieber, qui précisent la notion de nécessité militaire.

¹³⁹ Art. 23 c) du Règlement de La Haye de 1907 ; art. 12 de la II^e Convention de Genève ; art. 40 du Protocole additionnel I.

¹⁴⁰ Art. 35, par. 2 du Protocole additionnel I.

¹⁴¹ Melzer, *op. cit.* (note 103), p. 347 [traduction CICR] ; pour citer Jean Pictet : « Si l'on peut mettre un militaire hors de combat en le capturant, il ne faut pas le blesser ; si l'on peut atteindre ce résultat en le blessant, il ne faut pas le tuer. Si, pour le même avantage militaire, on dispose de deux moyens, dont l'un cause de moindres maux, c'est celui-là qu'il faut choisir. » *Développement et principes du droit international humanitaire*, A. Pedone, Paris / Institut Henry-Dunant, Genève, 1983, p. 92.

récente de la jurisprudence. Ces règles ont-elles été remises en question ? Les affaires récentes ont-elles mené à une convergence, comme on l'affirme parfois ? N'oublions pas, toutefois, que la majeure partie de la jurisprudence est le fait d'organes et de tribunaux des droits de l'homme, et, dans une certaine mesure, de tribunaux nationaux. Les arrêts rendus par ces organes et ces tribunaux n'ont pas de force contraignante universelle. Ces instances, en outre, rendent leurs décisions dans le cadre de traités ou de lois spécifiques. Les organes des droits de l'homme, en particulier, peuvent souvent s'abstenir entièrement de prendre en considération le droit humanitaire, parce que les États concernés n'ont pas reconnu l'existence d'une situation de conflit armé. Il faut donc s'efforcer de déterminer dans quelle mesure leurs déclarations peuvent être généralisées et si elles peuvent influencer, et de quelle manière, le débat plus général et plus théorique sur les droits de l'homme et le droit humanitaire.

Les conflits armés non internationaux

On peut admettre, sans risque de controverse, qu'en ce qui concerne la conduite des hostilités – c'est-à-dire, en termes simples, les situations qui se produisent sur le champ de bataille – le droit humanitaire constituera le plus souvent la *lex specialis* par rapport aux droits de l'homme, mais deux situations sont plus problématiques : l'usage de la force dans les conflits armés non internationaux et le recours à la force dans les situations d'occupation où les droits de l'homme ont un rôle important à jouer. Le droit humanitaire est-il toujours la *lex specialis* dans ces situations ?

Le droit humanitaire

Le droit humanitaire conventionnel des conflits armés non internationaux ne contient qu'un très petit nombre de règles relatives à la conduite des hostilités. La plus importante d'entre elles est la protection des personnes civiles contre les attaques, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation, protection consacrée par le paragraphe 3 de l'article 13 du Protocole additionnel II. Presque personne ne conteste, cependant, que les règles qui régissent la conduite des hostilités – comme la distinction, la proportionnalité et la précaution – relèvent du droit international humanitaire coutumier applicable aux conflits armés non internationaux¹⁴².

Tout le problème réside dans le fait que dans un conflit armé non international, le statut de combattant n'existe pas. On pourrait en conclure qu'il n'y a, dans ce type de conflit, que des civils, en dehors des forces armées du gouvernement, ce qui signifierait que les membres de groupes armés ne pourraient être attaqués que lorsqu'ils combattent activement, mais pas à un autre moment. D'un point de vue militaire, cette option n'est pas considérée comme réalisable ; elle ne reflète pas la réalité du conflit armé. Elle créerait en outre un déséquilibre entre les membres des forces armées gouvernementales, qui pourraient alors être attaqués en tout temps, et les membres des groupes armés, qui ne pourraient pas l'être. Durant la rédaction du Protocole additionnel II, l'intention n'a jamais été d'exclure en tout temps les attaques contre les membres de groupes armés qui combattent le gouvernement. Au contraire, le commentaire du Protocole additionnel II de 1977 précise que « [l]es personnes qui appartiennent aux forces armées ou aux groupes armés peuvent être attaquées en tout temps »¹⁴³. De fait, le principe de la distinction perdrait son sens si tout le monde était civil ; le gouvernement doit précisément faire la distinction entre la population civile et les combattants des groupes d'opposition armés. Qui donc, en définitive, peut être attaqué, et

¹⁴² Voir Henckaerts et Doswald-Beck, *op.cit.* (note 133), règles 1, 2, 5 à 24.

¹⁴³ Sandoz, Swinarski et Zimmerman, *op. cit.* (note 23), par. 4789.

dans quelles conditions ?

On peut, grossièrement, distinguer trois façons de concevoir la manière de cibler les membres des groupes armés dans un conflit armé non international. La première consiste à considérer que si un membre d'un groupe armé exerce une fonction de combat permanente, bien qu'il demeure un civil¹⁴⁴, le simple fait de détenir cette fonction de combat revient à une participation directe aux hostilités, et que cette personne peut par conséquent être attaquée en tout temps (c'est une sorte de participation directe « continue » aux hostilités)¹⁴⁵. La deuxième conception consiste à définir les membres de groupes armés qui exercent une fonction de combat permanente comme des « combattants aux fins de la conduite des hostilités », mais sans leur conférer *un statut* de combattant ni l'immunité due aux combattants comme dans un conflit armé international¹⁴⁶. La troisième méthode consiste à considérer que toute personne qui n'est pas officiellement un combattant – c'est-à-dire qui n'est pas membre des forces armées – est un civil, et ne peut être attaqué que lorsque, et aussi longtemps, qu'il participe directement aux hostilités.

Les deux premières conceptions ont pour conséquence que les membres de groupes armés ayant une fonction de combat pourraient, au regard du droit international humanitaire, être attaqués en tout temps. Les règles restreignant l'emploi de la force à leur égard seraient les règles régissant les moyens et méthodes de guerre : par exemple, les règles relatives à l'emploi des armes, l'interdiction de la perfidie, ou l'interdiction de ne pas faire de quartier.

Or, tant la doctrine que la jurisprudence montrent que cette solution pose problème, en partie tout au moins. En effet, si l'on peut aisément admettre que « des rebelles qui sont organisés, armés et rassemblés ne peuvent être arrêtés »¹⁴⁷, il est beaucoup plus discutable de soutenir qu'un membre d'un groupe armé – même s'il a des fonctions de combat permanentes – peut en tout temps être pris pour cible sans tenir compte des restrictions imposées par le droit des droits de l'homme. Un membre des Forces armées révolutionnaires de Colombie

¹⁴⁴ La Cour suprême d'Israël a considéré que les membres de groupes « terroristes » continuent à être des civils qui peuvent être pris pour cible s'ils participent directement aux hostilités, et aussi longtemps que dure cette participation. *The Public Committee against Torture in Israel and the Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment v. the Government of Israel, the Prime Minister of Israel, the Minister of Defence, the Israel Defense Forces, the Chief of General Staff of the Israel Defense Forces, and Surat HaDin – Israel Law Center and 24 Others*, la Cour suprême siégeant en sa capacité de Haute Cour de Justice, arrêt du 11 décembre 2005 (ci-après affaire des *opérations meurtrières ciblées*), par. 28. La Cour a cependant évité de répondre à la question de savoir ce qu'il faut entendre par « aussi longtemps que dure cette participation » (par. 40).

¹⁴⁵ Voir *Third Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, Geneva, 23–25 October 2005, Summary Report*, pp. 48-49 (disponible en ligne à l'adresse [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/participation-hostilities-ihl-311205/\\$File/Direct_participation_in_hostilities_2005_eng.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/participation-hostilities-ihl-311205/$File/Direct_participation_in_hostilities_2005_eng.pdf)) (date d'accès : 20 avril 2009). Le point de vue semble être le même que celui de la Cour suprême d'Israël dans l'affaire des *opérations meurtrières ciblées* (*op. cit.*, note 144), par. 39 : « un civil qui a adhéré à une organisation terroriste qui est devenue son "foyer", et qui, dans le contexte de son rôle au sein de cette organisation commet une série d'actes d'hostilités séparés par de courts intervalles, perd son immunité contre les attaques "aussi longtemps" qu'il commet la série d'actes ». La Cour suprême, cependant, reconnaît aussi l'existence d'une zone grise entre cette situation et celle d'un civil qui ne participe qu'une fois, ou de manière sporadique, aux hostilités, et qui ne peut être attaqué que pendant ces périodes, zone grise « sur laquelle le droit international humanitaire coutumier ne s'est pas encore cristallisé » (par. 40) [traduction CICR].

¹⁴⁶ Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflicts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 29 ; Kretzmer, *op. cit.* (note 103), pp. 197-198 ; Sandoz, Swinarski et Zimmermann, *op. cit.* (note 23), par. 4789 ; Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Report on Terrorism and Human Rights*, OEA/Ser.L/V/II.116, doc. 5 rev. 1 corr., 22 octobre 2002, par. 69 (disponible en ligne à l'adresse <http://cidh.org/Terrorism/Eng/toc.htm>) (date d'accès 22 juin 2009).

¹⁴⁷ Louise Doswald-Beck, « The Right to Life in Armed Conflict: Does International Humanitarian Law Provide All the Answers? », *International Review of the Red Cross*, vol. 88, N° 864 (décembre 2006), p. 885 [traduction CICR].

(FARC) pourrait-il donc être pris pour cible alors qu'il fait ses courses à Bogota, en lieu et place d'une opération conçue de manière à l'arrêter ? Un membre présumé du Parti des travailleurs du Kurdistan (PKK) pourrait-il être visé par des moyens meurtriers, en accord avec les principes du droit humanitaire, alors qu'il participe à une manifestation ? Peut-on employer la force létale, sans sommation, contre un rebelle tchéchène à Moscou s'il se trouve à son domicile ? La principale question pratique qui se pose est de savoir si ces personnes doivent être arrêtées – à condition que la possibilité existe – plutôt que tuées. Les règles traditionnelles du droit humanitaire doivent-elles l'emporter dans une situation de ce type, doivent-elles être influencées par le droit relatif aux droits de l'homme, ou les droits de l'homme doivent-ils prendre le dessus en tant que *lex specialis* ?

On cherchera en vain une réponse claire à cette question dans le droit international humanitaire conventionnel. Comme nous l'avons indiqué plus haut, le principe de la nécessité militaire, interprété strictement, peut interdire de tirer pour tuer un combattant dans des circonstances où cet acte n'est pas indispensable pour atteindre un objectif militaire concret, mais cette interprétation de la nécessité militaire demeure sujette à controverse¹⁴⁸. D'autre part, des cas de ce type ont été soumis de plus en plus souvent à des organes des droits de l'homme, qui les ont traités sous l'angle de cette branche de droit.

La jurisprudence des droits de l'homme

L'une des premières affaires de ce type fut *Suárez de Guerrero c. Colombie*¹⁴⁹, qui fut soumise au Comité des Nations Unies pour les droits de l'homme. Les autorités soupçonnaient les membres d'un groupe armé d'opposition d'avoir enlevé un ancien ambassadeur et de le retenir en otage dans une maison de Bogota. L'otage n'a pas été retrouvé, mais les policiers ont attendu le retour des rebelles et les ont abattus. Le Comité des droits de l'homme a conclu que :

La police a apparemment agi sans avertir les victimes et sans leur donner la possibilité de se rendre à la patrouille de police ou d'expliquer leur présence ou leurs intentions. Aucun élément n'a prouvé que l'action de la police était nécessaire à leur défense ou à celle d'autres individus, ou aux fins de l'arrestation ou encore pour empêcher la fuite des personnes concernées. [...] l'action de la police ayant entraîné la mort de Mme Maria Fanny Suarez de Guerrero était disproportionnée par rapport aux critères du respect de l'ordre public de cette affaire¹⁵⁰.

Le Comité des droits de l'homme a aussi critiqué la politique israélienne de « targeted killings » (opérations meurtrières ciblées), dans la mesure où elles sont utilisées, du moins en partie, comme mesure de dissuasion ou de sanction, et il a demandé que « avant de recourir à l'emploi d'une force meurtrière, tous les moyens permettant d'arrêter une personne soupçonnée d'être en train de commettre un acte de terrorisme devraient être épuisés »¹⁵¹.

La Commission interaméricaine a généralement considéré que les membres de groupes armés qui assumaient des fonctions de combattants ne pouvaient pas reprendre le statut de civil, ni alterner de quelque manière que ce soit entre le statut de combattant et celui de civil.

¹⁴⁸ Voir *Third Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, op. cit. (note 145), pp. 45-46.

¹⁴⁹ Comité des droits de l'homme, communication n° R.11/45, *Guerrero c. Colombie*, constatations adoptées le 31 mars 1982, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-septième session, Supplément n° 40, doc. Nations Unies A/37/40, annexe XI [N.B. ce document n'est pas disponible en français. Traduction CICR].

¹⁵⁰ *Ibid.*, par. 13.2, 13.3 [traduction CICR].

¹⁵¹ Comité des droits de l'homme, Observations finales – *Israël*, doc. Nations Unies CCPR/CO/78/ISR, 21 août 2003, par. 15 [traduction CICR].

La jurisprudence la plus abondante est celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Avant de l'aborder ici, il faut relever qu'aucun des gouvernements mis en cause dans ces affaires n'a avancé l'argument qu'un conflit armé se déroulait dans leur pays.

L'affaire « fondatrice » en matière de recours à la force devant la Cour européenne des droits de l'homme a été l'affaire *McCann et autres c. Royaume-Uni*, concernant le meurtre de membres de l'IRA par les forces spéciales britanniques à Gibraltar. Dans cette affaire, la Cour a considéré non seulement que la force utilisée par les militaires doit être proportionnée au moment où elle est employée, mais encore que les opérations – même contre des terroristes – doivent être planifiées de manière telle à réduire au minimum, autant que faire se peut, le recours à la force meurtrière¹⁵². Ce principe fondamental sous-tend tous les arrêts ultérieurs de la Cour relatifs à l'emploi de la force, qu'il s'agisse de maintien de l'ordre ou d'opérations militaires¹⁵³.

Dans l'affaire *Güleç c. Turquie* – dans laquelle la police avait ouvert le feu contre une foule de manifestants pour les disperser –, le gouvernement a soutenu qu'il avait été contraint d'employer la force létale, en raison de la présence soupçonnée de membres du PKK parmi les manifestants¹⁵⁴. La Cour n'a pas accepté cet argument, considérant que les autorités auraient dû planifier leur opération de manière à éviter l'emploi de la force létale, en utilisant un équipement approprié : matraques, boucliers, canons à eau, balles en caoutchouc ou gaz lacrymogènes, d'autant plus que la manifestation se déroulait dans une région soumise à l'état d'urgence, où l'on pouvait à l'époque des faits s'attendre à des troubles¹⁵⁵. Dans l'affaire *Gül c. Turquie*, les policiers avaient tiré à travers la porte que Mehmet Gül était en train d'ouvrir après qu'ils aient frappé. La Cour a conclu que l'affirmation de la police selon laquelle Mehmet Gül avait tiré sur eux n'était pas fondée. Elle a jugé que le fait d'ouvrir le feu à l'arme automatique sur une cible invisible dans un bâtiment résidentiel où vivent des civils innocents était totalement disproportionné¹⁵⁶. Dans l'affaire *O•ur c. Turquie*, le gouvernement a affirmé que l'objectif des membres des forces de sécurité avait été d'appréhender la victime, considérée comme terroriste, et qu'ils auraient fait face à une « riposte armée très importante », à laquelle ils auraient répondu par des tirs d'avertissement, dont l'un aurait touché Musa O•ur alors qu'il fuyait. La Cour, estimant qu'il n'était pas suffisamment établi que les forces de sécurité auraient subi une quelconque attaque armée, a conclu que le recours à la force n'était pas proportionné, puisqu'aucune sommation n'avait été donnée et puisque le tir d'avertissement avait été mal exécuté¹⁵⁷.

Dans l'affaire *Hamiyet Kaplan et autres c. Turquie*, la Cour a admis que des combats violents avaient opposé les forces gouvernementales et le PKK. Quatre personnes, dont deux enfants, avaient perdu la vie dans une opération menée par les forces de l'ordre contre des éventuels membres présumés du PKK, au cours de laquelle un policier de rang supérieur avait été tué par des balles provenant de la maison des suspects. La Cour a admis qu'il y avait eu affrontement armé entre la police et les personnes qui se trouvaient dans la maison, écartant l'hypothèse de l'exécution extrajudiciaire par les policiers¹⁵⁸. La Cour a cependant relevé qu'aucune distinction n'avait été opérée, pendant l'opération, entre les méthodes meurtrières et non meurtrières : les policiers avaient exclusivement utilisé des armes à feu, sans faire

¹⁵² Affaire *McCann et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.* (note 132), par. 194 ; *Gül c. Turquie*, requête n° 22676/93, arrêt du 14 décembre 2000, par. 84 [N. B. le texte de cet arrêt n'est disponible qu'en anglais].

¹⁵³ Voir la dernière affaire en date, *Akhmadov et autres c. Russie*, arrêt du 14 novembre 2008, cas n° 21586/02, par. 100 [N. B. le texte de cet arrêt n'est disponible qu'en anglais].

¹⁵⁴ Affaire *Güleç c. Turquie*, arrêt du 27 juillet 1998, Recueil 1998-IV, par. 67.

¹⁵⁵ *Ibid.*, par. 71 à 73.

¹⁵⁶ *Gül c. Turquie*, *op. cit.* (note 152), par. 82.

¹⁵⁷ *O•ur c. Turquie*, arrêt du 20 mai 1999, Recueil 1999-III, par. 80 à 84.

¹⁵⁸ *Hamiyet Kaplan et autres c. Turquie*, arrêt du 13 septembre 2005, cas n° 36749/97, par. 50.

usage de gaz lacrymogène ni de grenades paralysantes. La « violence incontrôlée » de l'assaut lancé contre la maison ne pouvait donc qu'impliquer de grands risques pour la vie des personnes suspectées. La Cour a critiqué l'absence d'instructions et d'un cadre législatif suffisant permettant d'éviter le recours à une force meurtrière par les policiers, et a conclu à une violation du droit à la vie¹⁵⁹. Là encore, bien que la Cour n'ait pas contesté le fait que les personnes suspectées d'appartenir au PKK aient réagi en ouvrant le feu, elle a appliqué à la situation les strictes exigences qui s'imposent aux forces de l'ordre pour faire respecter la loi.

Ces affaires présentent une caractéristique commune, à savoir que bien que les personnes concernées fussent des terroristes prétendus ou soupçonnés, la Cour n'en a pas moins appliqué toute la panoplie des mesures prévues par le droit des droits de l'homme pour préserver le droit à la vie, y compris la nécessité d'éviter le recours à la force, d'employer des armes permettant d'éviter des blessures fatales, et de procéder à des sommations.

Dans un certain nombre d'affaires récentes concernant des opérations de sécurité contre des rebelles kurdes en Turquie et des rebelles tchéchènes en Russie, la Cour européenne des droits de l'homme a employé des termes beaucoup plus proches du droit humanitaire que du droit des droits de l'homme. Dans plusieurs affaires postérieures à *Ergi c. Turquie*, la Cour, pour évaluer la proportionnalité de l'emploi de la force au regard de l'article 2 de la Convention européenne, a jugé que la responsabilité de l'État peut être engagée lorsque ses agents « n'ont pas, en choisissant les moyens et méthodes à employer pour mener une opération de sécurité contre un groupe d'opposants, pris toutes les précautions en leur pouvoir pour éviter de provoquer accidentellement la mort de civils, ou à tout le moins pour réduire ce risque »¹⁶⁰. Or, cette norme figure non pas dans des textes de droit relatif aux droits de l'homme, mais bien dans l'obligation, inscrite à l'alinéa 2 a) ii) de l'article 57 du Protocole additionnel I, de prendre ces précautions dans l'attaque. La Cour a admis que l'emploi de la force contre les membres de groupes armés organisés pouvait provoquer des blessures aux civils, sans que cet emploi de la force doive nécessairement être qualifié de disproportionné¹⁶¹. Comme indiqué plus haut, ce critère diffère quelque peu de celui du droit relatif aux droits de l'homme, car il n'exige ni que la force ne soit utilisée qu'en dernier recours, ni que tout recours à la force soit évité dans toute la mesure possible, pour épargner non seulement les civils innocents, mais aussi la personne visée.

Dans l'affaire *Issaïeva, Youssoupova et Barzaïeva*, des civils avaient perdu la vie lors du bombardement d'un convoi civil. La Cour a évoqué, en termes généraux, la nécessité de limiter autant que possible le recours à la force létale¹⁶², mais le critère qu'elle a employé était en réalité de savoir si les dommages causés aux personnes civiles auraient pu être évités « dans les environs de ce que les militaires ont pu prendre pour des cibles légitimes »¹⁶³. En revanche, dans l'affaire *Issaïeva c. Russie* – dans laquelle la plaignante et les membres de sa famille avaient été bombardés par l'artillerie et l'aviation alors qu'ils essayaient de quitter un village par une voie de sortie qu'ils avaient été amenés à croire sûre –, la Cour a adopté une position légèrement différente. Tout en reconnaissant la nécessité de mesures exceptionnelles

¹⁵⁹ *Ibid*, par. 51 à 55. Voir aussi ECtHR, affaire *Akhmadov et autres c. Russie*, *op. cit.* (note 153), par. 99.

¹⁶⁰ Affaire *Ergi c. Turquie*, *op. cit.* (note 43), par. 79 ; affaire *Ahmet Özkan et autres c. Turquie*, *op. cit.* (note 43), par. 297. Dans l'affaire *Ergi*, la Cour a formulé des exigences très élevées en matière de mesures de précaution, allant jusqu'à évoquer la protection des civils contre les tirs de membres armés du PKK pris dans l'embuscade (par. 79 et 80).

¹⁶¹ Affaire *Ahmet Özkan et autres c. Turquie*, *op. cit.* (note 43), par. 305 ; la Cour a cependant considéré dans cette affaire que les forces de sécurité auraient dû vérifier, après les opérations de combat, si des civils avaient été blessés (par. 307).

¹⁶² Affaire *Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva c. Russie*, *op. cit.* (note 43), par. 171 ; dans l'affaire *Issaïeva c. Russie*, *op. cit.* (note 43), par. 175-176, la Cour cite les deux normes.

¹⁶³ Affaire *Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva c. Russie*, *op. cit.* (note 43), par. 175.

dans le contexte du conflit en Tchétchénie¹⁶⁴, la Cour a rappelé que la Russie n'avait pas décrété l'état d'urgence, ni notifié de dérogation au titre de l'article 15 de la Convention ; de ce fait, la situation devait « être appréciée à l'aune d'un contexte juridique normal »¹⁶⁵. La Cour a ensuite considéré que :

Même confrontés à une situation où, comme l'affirme le Gouvernement, la population du village avait été prise en otage par un important groupe de combattants bien équipés et bien entraînés, [...] [l']utilisation massive d'armes frappant sans discrimination [...] ne saurait être jugée compatible avec les exigences de précaution qui doivent être observées dans le cadre d'une opération de cette nature impliquant l'usage de la force létale par des agents de l'Etat.¹⁶⁶

La Cour a encore ajouté que les villageois auraient dû être avertis plus tôt des attaques et auraient dû pouvoir quitter le village plus rapidement¹⁶⁷. Ainsi, elle a appliqué le modèle des droits de l'homme, fondé sur une situation d'application des lois, mais elle a aussi pris en considération la situation de rébellion et s'est attachée davantage à la nature aveugle des armes employées et à l'absence d'avertissement et de passage sûr pour les civils. Elle n'a pas mis en doute le fait que les rebelles pouvaient être attaqués, même s'ils ne représentaient pas une menace immédiate¹⁶⁸.

On peut déduire de sa jurisprudence que la Cour européenne des droits de l'homme opère une distinction – non explicite et pas toujours parfaitement cohérente – entre deux grandes catégories de cas : d'une part, des situations telles que celles des affaires *McCann, Gül, O•ur* ou *Kaplan*, dans lesquelles des membres individuels de groupes armés, ou des membres présumés de tels groupes, sont tués dans un contexte où toutes les précautions nécessaires n'ont pas été prises pour éviter entièrement le recours à la force létale, y compris à l'égard de ces personnes ; et d'autre part, des situations telles que celles des affaires *Ergi, Özkan* ou *Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva* et *Issaïeva*, dans lesquelles les forces gouvernementales sont engagées dans des opérations de lutte contre des mouvements insurrectionnels ou dans des opérations de combat proprement dites contre un groupe armé. Dans ces dernières affaires, la Cour semble appliquer des critères qui sont, implicitement sinon explicitement, inspirés par le droit humanitaire, en particulier la question de savoir si tout a été entrepris pour éviter des pertes incidentes en vies civiles. La Cour ne conteste pas le droit des forces gouvernementales d'attaquer les forces d'opposition, et elle n'exige pas que la force létale soit évitée même en l'absence de menace immédiate. Elle semble cependant aller un peu plus loin que le droit humanitaire traditionnel, en particulier lorsqu'elle exige que la population locale soit avertie de l'arrivée probable de rebelles dans son village¹⁶⁹, ou qu'il soit tenu compte du fait que les tirs du groupe d'opposition pourraient mettre en danger la vie des villageois¹⁷⁰.

Enfin, il y a lieu d'évoquer une affaire sur laquelle la Cour suprême d'Israël a été appelée à se prononcer récemment. La Cour suprême a eu à connaître de cas d'opérations meurtrières ciblées contre des membres de groupes armés, non pas dans le contexte d'un conflit armé non international, mais dans un contexte d'occupation. Ses conclusions sont pourtant instructives aux fins de notre analyse, car la Cour suprême a pris en considération à

¹⁶⁴ Affaire *Issaïeva c. Russie*, *op. cit.* (note 43), par. 180.

¹⁶⁵ *Ibid.*, par. 191.

¹⁶⁶ *Ibid.*, par. 191.

¹⁶⁷ *Ibid.*, par. 193 à 200.

¹⁶⁸ Elle semble cependant exiger, dans l'affaire *Akhmadov et autres c. Russie* (*op. cit.*, note 153) que les combattants illégaux constituent un danger pour les militaires (par. 101).

¹⁶⁹ Affaire *Issaïeva c. Russie*, *op. cit.* (note 43), par. 187.

¹⁷⁰ Affaire *Ergi c. Turquie*, *op. cit.* (note 43), par. 79.

la fois les normes de droit humanitaire et celles des droits de l'homme. Considérant les « terroristes » comme « des civils qui sont des combattants illégaux »¹⁷¹, et jugeant que les civils qui ont adhéré à une « organisation terroriste » et commis une série d'actes d'hostilité perdent leur immunité contre les attaques aussi longtemps qu'ils commettent cette succession d'actes, c'est-à-dire y compris dans les intervalles entre les actes individuels qui composent cette série¹⁷², la Cour a jugé que :

Une personne civile qui participe directement aux hostilités ne peut être attaquée au moment de sa participation s'il est possible d'employer un moyen moins préjudiciable. Dans notre droit national, cette règle découle du principe de proportionnalité. En effet, on doit choisir, parmi les moyens militaires, ceux qui provoquent le moins de dommages à la personne touchée [...]. Par conséquent, si un terroriste qui participe directement aux hostilités peut être arrêté, interrogé et jugé, il convient de recourir à ces moyens [...]. Un État de droit recourt, dans toute la mesure possible, à des procédures légales plutôt qu'à la force. [...] Il n'est pas toujours possible d'utiliser les moyens que sont l'arrestation, l'enquête et le procès. Dans certains cas, ces options n'existent tout simplement pas, tandis que dans d'autres cas, elles entraîneraient un tel risque pour la vie des soldats qu'elles ne sont pas requises. [...] Il convient cependant d'évaluer dans tous les cas si elles sont praticables. Ces options pourraient être particulièrement adaptées dans des situations d'occupation belligérante, lorsque l'armée contrôle la zone dans laquelle se déroule l'opération, et dans laquelle l'arrestation, l'enquête et le procès sont parfois des options réalisables. [...] Il se peut naturellement, selon les circonstances précises d'une situation spécifique, que cette possibilité n'existe pas. Dans certains cas, ces mesures pourraient entraîner davantage de dommages pour les civils innocents se trouvant à proximité que le fait de s'en abstenir. Dans une telle situation, il convient de ne pas y recourir. [...] Après une attaque contre une personne civile soupçonnée de participer activement, à ce moment-là, aux hostilités, une enquête approfondie doit être réalisée (après coup) sur la précision avec laquelle la cible a été identifiée et sur les circonstances de l'attaque. Cette enquête doit être indépendante [...]¹⁷³.

On constate que la Cour suprême a fondé ses conclusions sur le droit national, mais en se référant longuement à la doctrine ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En d'autres termes, la Cour suprême a bien tenu compte des droits de l'homme, comme le montrent les formulations employées (« ceux qui provoquent le moins de dommages à la personne touchée »). La Cour a exigé qu'il soit procédé à une arrestation dans tous les cas où cela est possible, et que tout emploi de la force donne lieu à une enquête. Sans exiger l'arrestation dans toutes les situations, elle exige une enquête après chaque issue fatale.

L'interaction possible entre droit humanitaire et droits de l'homme

Une chose ressort clairement de toutes les décisions citées ci-dessus (étant entendu cependant que la plupart d'entre elles émanent de la Cour européenne des droits de l'homme) : les membres présumés de groupes armés, « insurgés » ou « terroristes », ne peuvent être abattus délibérément s'il existe une possibilité de les arrêter. Tel est le cas, la plupart du temps, lorsqu'ils sont surpris à leur domicile ou à proximité de celui-ci¹⁷⁴ ou loin de toute situation

¹⁷¹ Affaire des opérations meurtrières ciblées, *op. cit.* (note 144), par. 28 [traduction CICR].

¹⁷² *Ibid.*, par. 39 [traduction CICR].

¹⁷³ *Ibid.*, par. 40 (les citations ont été omises) [traduction CICR].

¹⁷⁴ Comme dans les affaires *Guerrero c. Colombie*, *op. cit.* (note 38), *Gül c. Turquie*, *op. cit.* (note 152) et *O•ur c. Turquie*, *op. cit.* (note 157).

de combat.¹⁷⁵ La jurisprudence de la Cour européenne indique que tel n'est pas le cas lorsque les forces gouvernementales combattent activement des groupes armés.

Comme le soulignent de nombreux auteurs, le droit humanitaire et les droits de l'homme conduisent souvent au même résultat. Le résultat de la plupart des affaires portées devant des organes des droits de l'homme aurait probablement été le même s'il avait été tranché en vertu du droit humanitaire, car si les principes restrictifs de la nécessité militaire et de l'humanité sont acceptés, les membres combattants des groupes armés qui ne participent pas directement aux hostilités doivent, si cela est pratiquement possible dans les circonstances, être arrêtés plutôt que tués.

Toutefois – sauf à interpréter de manière extrêmement large le droit humanitaire à la lumière du droit relatif aux droits de l'homme¹⁷⁶ –, les restrictions à l'emploi de la force semblent plus rigoureuses en droit des droits de l'homme qu'en droit humanitaire. Premièrement, toute opération entraînant l'emploi de la force, y compris les opérations militaires dans un conflit armé non international¹⁷⁷, doit être planifiée au préalable de manière à éviter, dans toute la mesure possible, le recours à la force létale. Deuxièmement, les armes doivent être choisies de manière à éviter autant que faire se peut d'employer cette force létale. Troisièmement, toute violation suspectée du droit à la vie doit donner lieu à une enquête indépendante et impartiale ; les membres de la famille de la personne tuée ont droit à une voie de recours s'ils peuvent raisonnablement avancer qu'une violation du droit à la vie a été commise, et à réparation individuelle si cette violation est avérée. On constate au vu de ces différences que la question de savoir quel ensemble de règles juridiques s'applique à tel ou tel cas particulier d'emploi de la force demeure importante sur le plan pratique. On peut aborder la question de l'interaction des deux branches de droit de plusieurs manières.

En ce qui concerne l'emploi de la force dans des conflits armés non internationaux, la première méthode consiste à limiter l'application du droit humanitaire à la zone géographique où se déroulent les combats. On peut trouver quelques arguments à l'appui de cette méthode dans l'affaire *Tadić* :

Les Conventions de Genève restent silencieuses sur le champ géographique des « conflits armés » internationaux mais les dispositions suggèrent qu'au moins certaines des clauses desdites Conventions s'appliquent à l'ensemble du territoire des Parties au conflit et pas simplement au voisinage des hostilités effectives. Indéniablement, certaines des dispositions sont clairement liées aux hostilités et le champ géographique de ces dispositions devrait y être limité. D'autres, en particulier celles se rapportant à la protection des prisonniers de guerre et des civils, ne sont pas restreintes de la même façon¹⁷⁸.

Ce passage de l'arrêt *Tadić* pourrait être interprété comme restreignant l'application de certaines règles du droit humanitaire aux situations de combat, laissant ainsi le champ libre au droit des droits de l'homme dans toutes les autres situations. Cependant, la jurisprudence ultérieure du TPIY n'a pas confirmé cette conception, selon laquelle certaines parties du droit humanitaire, mais pas toutes, seraient appliquées à la totalité du conflit. Dans l'affaire

¹⁷⁵ Comme dans l'affaire *Güleç c. Turquie*, *op. cit.* (note 154).

¹⁷⁶ Comme dans : Gaggioli et Kolb, *op. cit.* (note 119), pp. 148-149 ; Francisco Forrest Martin, « The United Use of Force Rule: Amplifications in Light of the Comments of Professors Green and Paust », *Saskatchewan Law Review*, vol. 65 (2002), p. 405 ; Francisco Forrest Martin, « The United Use of Force Rule Revisited: The Penetration of the Law of Armed Conflict by International Human Rights Law », *Saskatchewan Law Review*, vol. 65 (2002), p. 451.

¹⁷⁷ Voir l'affaire *Akhmadov et autres c. Russie*, *op. cit.* (note 153), par. 100.

¹⁷⁸ TPIY, affaire *Le Procureur c. Duško Tadić*, alias «Dule », affaire n° IT-94-AR72 (Chambre d'appel), arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, par. 68.

Kunarac, la Chambre d'appel a clairement dit que le critère décisif pour l'application du droit humanitaire est qu'il y ait conflit armé et que les actes en question soient étroitement liés au conflit¹⁷⁹. Pour expliquer la relation entre le droit humanitaire et les lois applicables en temps de paix, la Chambre a considéré que « [l]e droit de la guerre ne supprime pas nécessairement les lois en vigueur en temps de paix : il peut leur adjoindre des éléments nécessaires à la protection qui doit être assurée aux victimes en temps de guerre »¹⁸⁰. Ce principe, transposé à la relation entre droit humanitaire et droit des droits de l'homme, signifie que si, dans une situation de conflit armé, le droit humanitaire s'applique sur l'ensemble du territoire du pays, il ne constitue pas le seul ensemble de règles juridiques applicable. Les autorités de l'État peuvent avoir à observer aussi, en pareil cas, des exigences contenues dans le droit relatif aux droits de l'homme. Cette manière de voir est convaincante : en effet, si le conflit s'articule autour d'un élément central – par exemple si les forces de sécurité poursuivent un membre d'un groupe armé –, il serait contraire à l'objet et à la raison d'être du droit humanitaire de le négliger totalement. Cela mènerait à une dichotomie du droit humanitaire, avec d'une part des règles s'appliquant en tout temps (par exemple celles relatives à la détention), tandis que d'autres (sur la conduite des hostilités) ne s'appliqueraient pas dans tous les cas.

Si l'on entend maintenir l'application indivisible du droit humanitaire et des droits de l'homme à l'ensemble du territoire, la meilleure méthode consiste donc à appliquer la règle de la *lex specialis*. Pour ce qui est du droit fondamental à la vie – c'est-à-dire de la licéité d'un meurtre –, la question de savoir lequel des deux corpus de droit constitue la *lex specialis* doit être tranchée en se fondant sur leur objet et leur mission essentielle : le droit des droits de l'homme est axé sur l'emploi de la force aux fins de l'application des lois, tandis que le droit humanitaire, de manière générale, se focalise sur le champ de bataille (à l'exception des situations d'occupation, sur lesquelles nous reviendrons plus bas). Par conséquent, appliquer le droit relatif aux droits de l'homme n'est réaliste que s'il est concrètement possible de recourir aux moyens propres au maintien de l'ordre, c'est-à-dire uniquement dans des opérations menées par les forces de sécurité (qu'elles relèvent de l'armée ou de la police) exerçant un contrôle effectif sur la situation. Dans ce type de situation, les droits de l'homme constituent la *lex specialis*. En revanche, dans des situations de combat, c'est le droit humanitaire qui représente la *lex specialis*¹⁸¹.

En ce qui concerne la conduite des hostilités, le droit des droits de l'homme est généralement suffisamment souple pour faire sa place à la *lex specialis* du droit humanitaire. C'est ici que la déclaration de la Cour internationale de justice prend toute sa pertinence : « C'est toutefois, en pareil cas, à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie »¹⁸². L'unique exception à ce principe figurerait

¹⁷⁹ TPIY, affaire *Le Procureur c. Kunarac et consorts*, affaire n° IT-96-23 & IT-96-23/1-A (Chambre d'appel), 12 juin 2002, par. 55 à 60.

¹⁸⁰ *Ibid.*, par. 60.

¹⁸¹ Voir aussi, à cet égard, Marco Sassòli, « La Cour européenne des droits de l'homme et les conflits armés », dans : Stephan Breitenmoser, Bernhard Ehrenzeller, Marco Sassòli, Walter Stoffel et Beatrice Wagner Pfeifer (éd.), *Droits de l'homme, démocratie et État de droit, Liber Amicorum Luzius Wilhaber*, Dike, Zürich, 2007, pp. 709, 721 ; Marco Sassòli, « Le droit international humanitaire, une *lex specialis* par rapport aux droits humains ? », dans : Andreas Auer, Alexandre Flückiger et Michel Hottelier (éd.), *Les droits de l'homme et la constitution, Etudes en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Collection Genevoise, Schulthess, Zurich, 2007, p. 394.

¹⁸² Affaire des *Armes nucléaires*, *op. cit.* (note 46), par. 25 ; cependant, l'avis rendu par la Cour internationale de justice ne fait pas de différence entre les situations ou les types de conflit armé, et il visait sans doute, sans réflexion particulière, à signifier que le droit humanitaire était invariablement la *lex specialis* dans un conflit armé ; voir, par exemple, Leslie Green, « The 'Unified Use of Force Rule' and the Law of Armed Conflict: A Reply to Professor Martin », *Saskatchewan Law Review*, vol. 65 (2002), p. 427.

dans l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui n'évoque pas la « privation arbitraire de la vie », mais qui – même s'il contient des critères beaucoup plus stricts – peut faire l'objet de dérogation au titre de l'article 15 de la Convention « pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre ». En l'absence de dérogation, la Cour a cependant tacitement appliqué des règles du droit humanitaire à des situations caractéristiques de conflit armé, dans lesquelles le droit humanitaire représente effectivement la *lex specialis*.

En dehors des situations relatives à la conduite des hostilités, le droit humanitaire peut généralement être interprété à la lumière du droit des droits de l'homme¹⁸³, ou être complété par ce dernier. Ce n'est qu'en cas d'incompatibilité entre les deux que les droits de l'homme l'emporteront.

Que faut-il entendre par « contrôle effectif » ? Il n'est guère possible de donner une réponse définitive à cette question, mais on peut néanmoins dégager quelques critères utiles. Le principal d'entre eux est le critère géographique. Les forces gouvernementales maîtrisent plus ou moins la situation selon les zones. Si elles cherchent à arrêter un rebelle loin des zones de combat, elles peuvent y parvenir en recourant aux moyens propres au maintien de l'ordre. Autrement dit, plus la situation est proche du champ de bataille, plus le droit humanitaire l'emportera, et vice versa. Parmi les autres critères pertinents, on peut citer par exemple le degré de résistance armée auquel se heurtent les forces de sécurité, la durée des combats – par opposition à des actes isolés ou sporadiques –, ou encore le type d'arme utilisé. Dans la pratique, la limite ne sera pas toujours aisée à fixer, mais une interprétation cohérente de ces régimes juridiques existants doit chercher à poser un cadre qui fixe quelques repères, tout en demeurant suffisamment souple pour pouvoir s'appliquer au plus grand nombre possible de situations.

L'application des droits de l'homme à des situations de conflit opposant le gouvernement à des groupes armés peut susciter plusieurs objections, dont le fait qu'elle limite l'action du gouvernement, sans restreindre celle des groupes d'opposition armés. De fait, le droit des droits de l'homme, par tradition, ne s'applique qu'aux autorités publiques. Si ce point peut être discuté sur le plan de la doctrine, le fait est que même si les groupes d'opposition armés étaient considérés comme liés par les droits de l'homme, seuls les actes des gouvernements seront contrôlés par les organismes internationaux des droits de l'homme comme le Comité des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme ou la Cour et la Commission interaméricaines des droits de l'homme. Cela signifie-t-il que l'État en est réduit à « combattre avec une main attachée dans le dos »¹⁸⁴ ? On peut répondre à cela que les restrictions supplémentaires découlant du droit des droits de l'homme n'entraînent aucun déséquilibre de ce type entre les forces gouvernementales et les groupes d'opposition armés. Tel serait le cas uniquement s'il y avait égalité dans l'emploi de la force autorisée, une égalité que les exigences supplémentaires imposées au gouvernement viendraient fausser. Or, tel n'est pas le cas, puisque tout groupe non gouvernemental qui s'en prend au gouvernement demeure criminel au regard de la législation nationale, et puisque le droit humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux ne protège pas les membres d'un tel groupe contre des poursuites pénales devant les juridictions nationales, contrairement aux combattants dans un conflit armé international¹⁸⁵.

L'occupation

¹⁸³ Gaggioli et Kolb, *op. cit.* (note 119), pp. 141, 148 et s. Ces auteurs considèrent, par exemple, que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme permet d'interpréter le principe de précaution.

¹⁸⁴ Françoise Hampson, « Human Rights and Humanitarian Law in Internal Conflicts », dans : Michael Meyer (éd.), *Armed Conflict and the New Law: Aspects of the 1977 Geneva Protocols and the 1981 Weapons Convention*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 1989, p. 60 [traduction CICR].

¹⁸⁵ Doswald-Beck, *op. cit.* (note 147), p. 890.

Contrairement aux conflits armés non internationaux, le recours à la force dans les conflits armés internationaux entraîne généralement davantage d'opérations du type de celles qui se déroulent sur un champ de bataille, spécialement des opérations militaires aériennes, comme dans les conflits entre les États-Unis et l'Afghanistan en 2001, entre la Coalition et l'Irak au printemps 2003, ou entre Israël et le Liban en été 2006. Dans de telles situations, le droit des droits de l'homme ne serait généralement pas applicable, en raison de l'absence de contrôle effectif¹⁸⁶. L'occupation est un cas de figure différent. Elle soulève la question de la relation entre droits de l'homme et droit humanitaire d'une manière qui rappelle davantage le cas des conflits armés non internationaux.

L'une des principales obligations de l'occupant, selon l'article 43 du Règlement de La Haye de 1907, consiste à « prendre toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics ». Cette disposition impose aux autorités occupantes l'obligation de faire respecter la loi, or l'ordre public est généralement rétabli par des opérations policières et non militaires¹⁸⁷. Le droit humanitaire applicable aux situations d'occupation présuppose l'exercice de l'autorité et du contrôle effectifs¹⁸⁸, qui sont rarement une réalité sur le champ de bataille. Le Règlement de La Haye de 1907 établit aussi une distinction claire entre les hostilités, qui font l'objet de la section II, et « l'autorité militaire sur le territoire de l'État ennemi » (section III). Dans le même esprit, la IV^e Convention de Genève stipule clairement que c'est la législation pénale, et non le combat, qui constitue la procédure normale pour assurer le maintien de l'ordre et de la sécurité publics¹⁸⁹.

Quelles sont donc les situations qui exigent que la puissance occupante respecte le droit relatif aux droits de l'homme parce qu'elle remplit ses obligations au titre du maintien de l'ordre, et les situations dans lesquelles les hostilités en cours exigent le recours à la force en vertu du droit humanitaire ? En termes purement juridiques, la réponse doit être la même que celle avancée plus haut : lorsque la puissance occupante exerce un contrôle effectif, lorsqu'elle se trouve dans une situation de maintien de l'ordre et lorsqu'elle est en mesure de procéder à des arrestations, elle doit agir dans le respect du droit relatif aux droits de l'homme¹⁹⁰.

La question pratique à laquelle la puissance occupante devra répondre est de savoir si elle peut prendre pour cible, avec l'intention de les tuer, les membres des forces ennemies ou des mouvements de résistance organisés (conformément aux règles qui régissent la conduite des hostilités dans un conflit armé international), ou si ses forces doivent procéder à l'arrestation de ces personnes parce qu'elles exercent un contrôle effectif suffisant sur la situation pour procéder de la sorte.

Il est donc nécessaire, dans la pratique, de faire la différence entre diverses situations d'occupation, car si la définition même de l'occupation en droit humanitaire présuppose le contrôle, il y a en réalité des situations d'occupation où le contrôle du territoire n'est que partiel. Lorsque les hostilités continuent ou reprennent, le droit humanitaire relatif à la conduite des hostilités doit l'emporter sur le droit des droits de l'homme, qui présuppose le contrôle pour le maintien de l'ordre. La question qui se pose, bien entendu, est de savoir à

¹⁸⁶ Tel fut le cas dans l'affaire traitée par la CEDH, *Banković et autres c. Belgique et 16 autres États contractants*, *op. cit.* (note 67).

¹⁸⁷ Marco Sassòli, « Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers », *European Journal of International Law*, vol. 16 (2005), p. 665.

¹⁸⁸ Règlement de La Haye de 1907, art. 42.

¹⁸⁹ IV^e Convention de Genève, art. 64 et 65.

¹⁹⁰ Voir à cet égard Lubell, *op. cit.* (note 134), pp. 52-53, et Melzer, *op. cit.* (note 103), pp. 224 à 230, quant au fait que le droit humanitaire lui-même conduit à ce résultat.

quel moment précis on peut considérer que les hostilités ont repris. On ne peut traiter n'importe quelle activité criminelle, même violente, comme une attaque armée. Qu'en est-il de la résistance militaire de groupes qui ne sont pas officiellement membres des forces armées de l'État occupé ? Comme cela a été suggéré lors d'une réunion consacrée au droit à la vie dans les conflits armés, organisée par le Centre universitaire de droit international humanitaire à Genève en 2005¹⁹¹, le critère pour déterminer l'existence d'une situation d'hostilités pourrait être fondé sur celui du TPIY pour établir l'existence d'un conflit armé non international, à savoir une certaine intensité minimale et la durée des violences¹⁹². De telles situations exigeraient une réaction militaire, tandis que des attaques isolées ou sporadiques¹⁹³ pourraient être contrées par des moyens de maintien de l'ordre¹⁹⁴.

Bien qu'elle n'ait pas donné lieu à une décision sur cette question précise, l'affaire *Al-Skeini* illustre bien à quel point le choix entre l'application des droits de l'homme et celle du droit humanitaire peut être complexe dans une situation d'occupation, ou plutôt à quel point il est difficile d'appliquer la théorie dans la pratique. L'une des questions posées consistait à savoir si le meurtre de cinq personnes, commis au cours d'opérations de sécurité menées en 2003 par l'armée britannique durant l'occupation de la ville de Basra, en Irak, était licite au regard de la Convention européenne des droits de l'homme. Il était établi que bien que les troupes britanniques occupassent, à l'époque, les provinces irakiennes de Basra et de Maysan¹⁹⁵, le Royaume-Uni n'exerçait aucune autorité exécutive, législative ni judiciaire dans la ville de Basra, mais que ses troupes se trouvaient sur place afin de maintenir l'ordre dans une situation proche de l'anarchie. Une majorité de magistrats de la Cour d'appel ont conclu à l'absence de contrôle effectif aux fins de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁹⁶.

Cette décision montre qu'il y a deux manières différentes de concevoir l'application des droits de l'homme dans des situations d'occupation. La majorité des magistrats a considéré que l'absence de contrôle effectif excluait ne serait-ce que l'application extraterritoriale de la Convention européenne des droits de l'homme. On peut parvenir au même résultat en considérant que, même si les droits de l'homme s'appliquent, la question de la violation du droit à la vie doit être tranchée à la lumière des règles du droit international humanitaire, qui l'emportent en tant que *lex specialis*.

De toute évidence, ce problème et cette variation des règles applicables touchant l'emploi de la force est non seulement cruciale pour la protection des civils sur le terrain, mais aussi déterminante pour les soldats. Pour éviter de commettre des violations, les soldats doivent se voir donner des règles d'engagement claires, et recevoir une formation adaptée.

¹⁹¹ Centre universitaire de droit international humanitaire, *Expert Meeting on the Right to Life in Armed Conflict and Situations of Occupation, 1-2 September 2005*, disponible en ligne à l'adresse http://www.adh-geneve.ch/pdfs/3rapport_droit_vie.pdf (date d'accès : 10 avril 2009).

¹⁹² TPIY, affaire *Le Procureur c. Duško Tadić*, alias «Dule», affaire n° IT-94-AR72 (Chambre d'appel), arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, par. 70 : « conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État ».

¹⁹³ Voir aussi le par. 2 de l'art. premier du Protocole additionnel II, qui précise que les « situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues [...] ne sont pas considérés comme des conflits armés ».

¹⁹⁴ Centre universitaire de droit international humanitaire, *Expert Meeting on the Right to Life in Armed Conflict and Situations of Occupation*, op. cit. (note 191), Section D.4.

¹⁹⁵ Affaire *Al-Skeini* (Cour d'appel), op. cit. (note 78), par. 119.

¹⁹⁶ *Ibid.*, par. 124. La Chambre des Lords était parvenue à la même conclusion que la majorité de la Cour d'appel, mais en se fondant sur le fait que la Loi sur les droits de l'homme ne pouvait être appliquée de manière extraterritoriale. Voir l'affaire *Al-Skeini* (Chambre des Lords du Royaume-Uni), op. cit. (note 78), en particulier les par. 26 et 109 à 132.

Dans la pratique, le meilleur moyen d'y parvenir consiste à séparer les fonctions de police des fonctions militaires¹⁹⁷. Même en pareil cas, cependant, la distinction entre un criminel de droit commun et un combattant peut parfois être très difficile à faire, comme l'a reconnu, entre autres, un rapport des forces américaines en Irak¹⁹⁸.

Enquêtes, voies de recours et réparations

Le droit relatif aux droits de l'homme et le droit humanitaire présentent des différences fondamentales sur un certain nombre de questions de procédure liées au droit de recours et au statut de la personne en droit des droits de l'homme. Ils divergent aussi, à l'origine, en ce qui concerne le droit individuel à réparation. Alors que le droit humanitaire ne prévoit pas de telles démarches individuelles à l'échelon international, les principaux traités des droits de l'homme instituent tous une forme de mécanisme de plainte, qui a donné naissance à une jurisprudence relative au droit de recours, au droit d'exiger une enquête et au droit à réparation. Cette jurisprudence commence à influencer l'interprétation du droit humanitaire, et ce phénomène pourrait se poursuivre à l'avenir.

Les enquêtes

Le droit humanitaire contient un certain nombre de règles concernant les enquêtes, avant tout en cas de crime de guerre¹⁹⁹ mais aussi, par exemple, en cas de décès de prisonniers de guerre²⁰⁰ ou de personnes civiles internées²⁰¹. Les obligations en matière d'enquête ont aussi été élaborées dans le droit des traités, dans des textes de droit non contraignant, ainsi que dans la jurisprudence des instances des droits de l'homme, et elles sont maintenant nettement plus détaillées que dans le droit international humanitaire²⁰². En droit des droits de l'homme, les

¹⁹⁷ Voir aussi Watkin, *op. cit.* (note 129), p. 24 ; Sassòli, *op. cit.* (note 187), p. 668.

¹⁹⁸ « Le passage d'une phase de combat à des opérations de stabilisation et d'appui exige un changement d'attitude aussi radical que profond. Les soldats qui avaient pour tâche de tuer l'ennemi ont dû passer à des activités de protection et de contact humain, pour retourner ensuite à des missions de combat. Ce changement constant d'attitude mentale complique fortement la tâche du soldat moyen. Les hommes éprouvent un sentiment de confusion et d'incertitude quant aux règles d'engagement, qui continuent à soulever des questions et des dilemmes concernant la protection des forces lorsqu'ils se trouvent postés à des points de contrôle ou lorsqu'ils effectuent des patrouilles. » *After Action Report, « SUBJECT: Operation Iraqi Freedom After Action Review Comments », April 24, 2003, conducted by TCM C/3-15 Infantry, Task Force 1-64 [declassified]*, cité dans : Human Rights Watch, *Hearts and Minds*, Annex II, disponible en ligne à l'adresse <http://www.hrw.org/reports/2003/iraq1003/10.htm> (date d'accès : 23 août 2007).

¹⁹⁹ Ce qui ressort implicitement de l'obligation de rechercher et de traduire en justice les personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions graves ; voir les art. 49/50/129/146, respectivement, des quatre Conventions de Genève, ainsi que l'art. 85 du Protocole additionnel I.

²⁰⁰ III^e Convention de Genève, art. 121.

²⁰¹ IV^e Convention de Genève, art. 131.

²⁰² Voir les Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions, recommandés par le Conseil économique et social dans sa résolution 1989/65 du 24 mai 1989, ainsi que les Principes relatifs aux moyens d'enquêter efficacement sur la torture et autre peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants pour établir la réalité des faits, adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution A/RES/55/89 du 22 février 2001 ; la jurisprudence est particulièrement riche en la matière ; voir notamment : Comité des droits de l'homme, Observations finales – *Serbie-et-Monténégro*, doc. Nations Unies CCPR/CO/81/SEMO, 12 août 2004, par. 9 ; *Brésil*, doc. Nations Unies CCPR/C/79/Add.66, 24 juillet 1996, par. 20 ; *Colombie*, doc. Nations Unies CCPR/C/79/Add. 76, 5 mai 1997, par. 32 et 34 ; Comité contre la torture, Conclusions et recommandations – *Colombie*, doc. Nations Unies CAT/C/CR/31/1, 4 février 2004, par. 10 f) ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, affaire *Myrna Mack-Chang c. Guatemala*, arrêt du 25 novembre 2003, Série C n° 101 ; affaire *Caracazo c. Venezuela (réparation)*,

allégations de violations graves des droits humains, en particulier les allégations de mauvais traitements ou de meurtres illégaux, doivent faire l'objet d'une enquête rapide, impartiale, approfondie et indépendante. Les personnes chargées de ces enquêtes doivent n'avoir aucune relation avec les personnes impliquées dans les faits. L'enquête doit permettre d'établir non seulement les faits, mais aussi le statut légal des actes commis et l'identité des responsables. Les autorités doivent avoir pris les mesures raisonnables à leur disposition pour réunir des preuves au sujet des faits, y compris, entre autres, des récits de témoins oculaires, des éléments de preuve médico-légaux et, le cas échéant, un rapport d'autopsie dressant un inventaire complet et précis des blessures infligées ainsi qu'une analyse objective des constatations cliniques. Afin que l'enquête suscite la confiance de l'opinion, il convient d'assurer un élément suffisant de contrôle public. Le degré de contrôle pourra varier d'un cas à l'autre, mais la famille de la victime doit en tout état de cause être associée à la procédure dans la mesure indispensable pour protéger ses intérêts légitimes, de même qu'elle doit être protégée contre toute forme d'intimidation. Les résultats de l'enquête doivent être rendus publics. La Cour européenne a même été jusqu'à établir une présomption de responsabilité de l'État lorsque des personnes sont tuées dans une zone placée sous le contrôle des seules autorités de l'État²⁰³, puisque les événements en cause sont en pareil cas connus exclusivement des autorités²⁰⁴.

Les organes des droits de l'homme n'ont pas hésité à appliquer ces exigences à des enquêtes réalisées dans des situations de conflit armé²⁰⁵. Récemment, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, a regretté que les enquêtes soient moins fréquentes, et les sanctions souvent moins sévères, dans des situations de conflit armé qu'en temps de paix²⁰⁶.

Dans ce domaine, les droits de l'homme peuvent compléter le droit humanitaire, tout particulièrement en ce qui concerne le recours à la force ou les allégations de mauvais traitements. Il est important, en effet, de distinguer entre les dispositions de droit matériel qui justifient l'emploi de la force – et qui ne sont pas les mêmes en droit des droits de l'homme et en droit humanitaire – et les enquêtes, qui exigent en premier lieu l'établissement des faits. Pour ce qui est des enquêtes, il n'existe aucune contradiction entre les droits de l'homme et le droit humanitaire. Ce dernier ne stipule aucun devoir d'enquêter de manière aussi détaillée, mais rien ne permet d'interpréter ceci comme l'expression d'une réserve qui exclurait l'application de cette obligation au regard du droit des droits de l'homme.

De toute évidence, il ne serait guère réaliste d'exiger une enquête après chaque emploi de la force dans une opération de combat²⁰⁷. Ceci dit, il y a un juste milieu entre exiger une enquête sur chaque coup de feu dans un conflit armé et n'examiner aucune allégation de violation du droit à la vie. Il faut bien admettre que bien souvent, les faits ne parlent pas d'eux-mêmes, surtout dans des situations de lutte contre des mouvements insurrectionnels. En l'absence de toute enquête, il est trop facile pour les membres des forces de sécurité

arrêt du 29 août 2002, Série C n° 95, *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, arrêt du 7 juin 2003, Série C n° 99, par. 186 ; Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Amnesty International et autres c. Soudan*, 26^e et 27^e sessions ordinaires, mai 2000, Recueil africain des décisions des droits humains 323 (2000) (CADHP 1999), par. 51 ; CEDH, affaire *Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva c. Russie*, *op. cit.* (note 43), par. 208-213 (résumé de la jurisprudence constante de la Cour).

²⁰³ CEDH, affaire *Akkum et autres c. Turquie*, requête n°. 21894/93, arrêt du 24 mars 2005, par. 208 à 211.

²⁰⁴ *Ibid.*, par. 211.

²⁰⁵ CEDH, affaire *Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva c. Russie*, *op. cit.* (note 43), par. 208 à 213 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, affaire *Myrna Mack-Chang c. Guatemala*, *op. cit.* (note 202) ; Comité des droits de l'homme, Observations finales – *Colombie*, *op. cit.* (note 202), par. 32.

²⁰⁶ Rapport provisoire sur la situation mondiale des exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, soumis par le Rapporteur spécial, Philip Alston, doc. Nations Unies E/CN.4/2006/53, 8 mars 2006, par. 33 à 38.

²⁰⁷ Melzer, *op. cit.* (note 103), pp. 526 et s.

d'affirmer qu'ils étaient persuadés que le recours à une force meurtrière était nécessaire parce qu'une attaque contre eux était imminente²⁰⁸ ou de prétendre que les rebelles ont été tués au cours d'un échange de coups de feu²⁰⁹. Bien souvent, en pareilles circonstances, seule une enquête indépendante – au cours de laquelle sont entendus non seulement les membres des forces de sécurité, mais aussi les témoins défendant le point de vue des victimes ou de leur famille – peut permettre de parvenir à un résultat.

Certains éléments de la jurisprudence sont indubitablement nouveaux pour des situations de conflit armé, et l'ensemble des exigences d'une enquête en temps de paix ne peuvent être transposées telles quelles à des situations de conflit armé. En outre, les enquêtes ne peuvent être réalisées que si la situation de sécurité le permet, et elles doivent tenir compte de la réalité du conflit²¹⁰, comme les problèmes que présentent la collecte d'éléments de preuve dans certaines situations de combat, le manque d'accès pour le personnel chargé de l'enquête, ou la nécessité d'assurer la sécurité des témoins. On ne peut cependant affirmer que les enquêtes seraient impossibles a priori en période de conflit armé²¹¹. Dans des circonstances qui suscitent des préoccupations quant à la légalité des actes commis, spécialement en cas d'opérations meurtrières ciblées, une enquête devrait être réalisée au minimum lorsqu'il existe un doute raisonnable quant à la licéité du meurtre²¹². Il sera nécessaire de développer davantage les procédures d'enquête dans des situations de conflit armé, mais il est évident qu'elles doivent être conformes aux exigences d'indépendance et d'impartialité. À cet égard, il a été constaté que les enquêtes militaires soulevaient des problèmes particuliers en termes d'indépendance²¹³. Les enquêtes militaires devraient faire l'objet d'une analyse particulière afin d'évaluer leur indépendance et leur impartialité, ainsi que la place qu'elles font aux victimes et à leur famille.

L'examen par les tribunaux

Alors que le droit humanitaire est axé sur les « parties à un conflit », les droits de l'homme sont entièrement articulés autour de la personne et formulés comme des droits de l'individu²¹⁴. Cela ne signifie pas que le droit humanitaire ne confère pas des droits ; bien au contraire, les Conventions de Genève ont été délibérément formulées de manière à consacrer des droits personnels et intangibles²¹⁵. Au niveau international, cependant, le droit des droits de l'homme – tout au moins en ce qui concerne les droits civils et politiques²¹⁶ – reconnaît un

²⁰⁸ Comme dans les affaires *Giil c. Turquie*, *op. cit.* (note 152), par. 81 et 89, et *O•ur c. Turquie*, *op. cit.* (note 157), par. 80.

²⁰⁹ Comme dans l'affaire portée devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Escué-Zapata c. Colombie. Fonds, réparations et frais*, arrêt du 4 juillet 2007, Série C n° 165, par. 39.

²¹⁰ Watkin, *op. cit.* (note 129), p. 34.

²¹¹ Gaggioli et Kolb, *op. cit.* (note 119), p. 126.

²¹² Kretzmer, *op. cit.* (note 103), pp. 201, 204.

²¹³ Rapport du rapporteur spécial, *op. cit.* (note 206), par. 37 ; sur un plan plus général, voir : Federico Andreu, *Fuero military y derecho internacional*, Commission internationale de Juristes, 2003, pp. 112 à 126 ; Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Third Report on the Human Rights Situation in Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102, doc. 9 rev. 1, 26 février 1999, ch. V, par. 17 à 60 ; Rapport présenté par le Rapporteur spécial de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, Emmanuel Decaux, sur la question de l'administration de la justice par les tribunaux militaires, doc. Nations Unies E/CN.4/2006/58, 13 janvier 2006, par. 32 à 35.

²¹⁴ Ben Naftali et Shany, *op. cit.* (note 103), pp. 17, 31.

²¹⁵ Jean Pictet (éd.), *Commentaire à la Convention de Genève I*, CICR, Genève, 1952, pp. 88-89 ; voir, en particulier, la discussion sur l'article commun 6/6/6/7 aux quatre Conventions de Genève ; Yoram Dinstein, « The International Law of Inter-State Wars and Human Rights », *Israel Yearbook of Human Rights*, vol. 1 (1971), pp. 139, 147.

²¹⁶ Voir aussi, désormais, le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits

droit de recours, c'est-à-dire le droit pour une personne qui estime avoir subi une violation de déposer une plainte à titre individuel²¹⁷. Le droit humanitaire ne prévoit pas de droit de ce genre²¹⁸. La majeure partie de la jurisprudence concernant les relations entre le droit des droits de l'homme et le droit humanitaire se compose de décisions prises sur la base du droit des droits de l'homme, parce que les victimes ne pouvaient saisir que des instances des droits de l'homme. C'est sans doute la raison pour laquelle l'une des conséquences les plus spectaculaires de l'application du droit relatif aux droits de l'homme à des situations de conflit armé est le fait qu'elle conduit à un contrôle par des instances judiciaires. Jamais, jusqu'ici, des situations de conflit armé international ou d'opérations militaires en territoire étranger n'avaient été examinées de manière aussi détaillée que dans les affaires concernant le Kosovo, l'Irak ou l'Afghanistan. D'aucuns affirment qu'un tel examen judiciaire est hors de propos pour des opérations militaires²¹⁹, mais qu'en est-il en réalité ?

La nécessité de disposer non seulement d'une cour pénale internationale, mais aussi d'un meilleur mécanisme de supervision pour le droit humanitaire, voire d'un « organe ou tribunal compétent qui pourrait connaître de plaintes contre des gouvernements qui violent les dispositions des Conventions [de La Haye et de Genève] »²²⁰ a été évoquée depuis des décennies²²¹. Les États n'ont jamais accepté la création d'une telle instance ou cour internationale. Y aurait-il donc une raison pour restreindre l'accès aux tribunaux, tout au moins à l'échelon national ? Le droit humanitaire échapperait-il à la juridiction des tribunaux en raison de la nature exceptionnelle de l'action militaire ? La pratique démontre la faiblesse de cet argument, étant donné la longue tradition d'interprétation du droit humanitaire dans les tribunaux.

De fait, des tribunaux internationaux – comme la Cour internationale de justice – ainsi que des juridictions internationales et des tribunaux pénaux hybrides ont déjà interprété le droit international humanitaire, au même titre que des tribunaux nationaux, que ce soit en Israël, en Colombie ou ailleurs, et dans bien des cas alors que la plainte et le statut de la victime étaient fondés sur les droits de l'homme ou sur des droits fondamentaux définis par la législation nationale. La Cour suprême d'Israël a souvent été appelée à se prononcer sur la

économiques, sociaux et culturels, récemment adopté ; doc. Nations Unies A/HRC/8/L.2, 9 juin 2008.

²¹⁷ Voir l'art. 2, par. 3 du PIDCP, l'art. 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'art. 25 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, l'art. 7, par. 1 a) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, et les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, adoptés par l'Assemblée générale dans sa résolution 60/147 du 16 décembre 2005, doc. Nations Unies A/RES/60/147, 21 mars 2006.

²¹⁸ Liesbeth Zegveld, « Remedies for Victims of Violations of International Humanitarian Law », *International Review of the Red Cross*, vol. 84, N° 851 (septembre 2003), pp. 497-528.

²¹⁹ Telle était notamment l'argumentation des services du Procureur général de l'État d'Israël dans l'affaire des opérations meurtrières ciblées, *op. cit.* (note 144), par. 47.

²²⁰ Sean MacBride, « Human Rights in Armed Conflict, The Inter-Relationship between the Humanitarian Laws and the Law of Human Rights », *Revue de Droit pénal militaire et de droit de la guerre*, tome IX (1970), pp. 373, 388 [traduction CICR].

²²¹ Voir A.H. Robertson, « Humanitarian Law and Human Rights », dans Christophe Swinarski (éd.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge/Studies And Essays On International Humanitarian Law And Red Cross Principles, en l'honneur de/In Honour of Jean Pictet*, CICR/Martinus Nijhoff, Genève/La Haye, 1984, pp. 793, 799 ; Sandoz, Swinarski et Zimmermann, *op. cit.* (note 23), par. 3600 à 3602 ; Rapport du Secrétaire général sur « Le respect des droits de l'homme en période de conflit armé », *op. cit.* (note 17), par. 230 ; Hampson, *op. cit.* (note 184), p. 71 ; Dietrich Schindler, « Human Rights and Humanitarian Law: Interrelationship of the Laws », *American University Law Review*, vol. 31 (1982), p. 941. Lors de la Conférence de Genève de 1949, la France avait proposé quelque chose de similaire, sinon exactement sous cette forme, à savoir la création d'un « Haut Comité international » chargé de « contrôler l'application et faire assurer le respect » des Conventions. *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, Tome III – Annexes, annexe 21, p. 30, et Tome II, Section B, p. 59.

question de la recevabilité, et elle a déclaré à cet égard :

La Cour ne s'abstient pas de connaître d'une affaire simplement parce que le commandant militaire agit hors d'Israël ou parce que ses actes ont des conséquences politiques et militaires. Lorsque les décisions ou les actes du commandant militaire enfreignent les droits de l'homme, elles peuvent faire l'objet d'une décision de justice. La porte de la Cour est ouverte. L'argument selon lequel une infraction aux droits de l'homme est due à des impératifs de sécurité n'exclut pas l'examen judiciaire. Les « impératifs de sécurité » ou la « nécessité militaire » ne sont pas des formules magiques [...]²²².

Ainsi, il n'y a aucune raison pour que des actes commis dans un conflit armé ne puissent faire l'objet d'une décision de justice, mais en l'absence d'autres options, la plupart des affaires ont été portées devant des tribunaux pénaux ou des instances des droits de l'homme.

Bien entendu, les tribunaux doivent tenir compte de la nature spécifique de la guerre. Ils ont, dans la pratique, évoqué la faculté d'appréciation du commandant militaire ou du soldat dans le courant d'une opération. Les affaires jugées par le Tribunal militaire international à Nuremberg sont un exemple d'examen judiciaire qui reconnaît la marge d'appréciation pratique du commandant militaire, en tenant compte de sa position et de son point de vue :

Nous ne sommes pas appelés à établir s'il existait réellement une nécessité militaire urgente pour les actes de dévastation et de destruction perpétrés dans le Finmark. Nous souhaitons déterminer si l'accusé, au moment des faits, a agi dans les limites d'un jugement honnête, sur la base des circonstances du moment [...]. Notre opinion mûrement réfléchie est que les circonstances, telles qu'elles apparaissaient à l'accusé au moment des faits, étaient suffisantes pour qu'il puisse conclure, en toute honnêteté, qu'une nécessité militaire urgente justifiait la décision qui a été prise. Il se peut, ceci étant, que l'accusé ait commis une erreur de jugement, mais il ne s'est pas rendu coupable d'un acte criminel²²³.

D'aucuns affirment parfois que les instances et cours des droits de l'homme n'ont pas la compétence requise pour traiter de situations de conflit armé²²⁴. Il paraît pourtant difficile, du point de vue des victimes de violations, de prétendre qu'en l'absence de toute possibilité de recours internationale indépendante spécifiquement prévue pour le droit international humanitaire, le recours aux tribunaux régionaux des droits de l'homme et aux autres instances de défense des droits de l'homme ne serait pas une démarche valide. C'est plutôt « le fait qu'une personne dispose d'une voie de recours en vertu du droit des droits de l'homme qui confère une force supplémentaire aux règles du droit international humanitaire correspondant à la norme des droits de l'homme dont la violation est alléguée »²²⁵. Un tel contrôle

²²² *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, HCJ 7957/04, la Cour suprême siégeant en sa capacité de Haute Cour de Justice, 15 septembre 2005, par. 31 [traduction CICR] ; voir aussi *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel and the Commander of the IDF Forces in the West Bank*, HCJ 2056/04, la Cour suprême siégeant en sa capacité de Haute Cour de Justice, 30 juin 2004, par. 46 et s.

²²³ Tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg, affaire *Les États-Unis c. Wilhelm List (procès des otages)*, United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. VIII, 1949, case n° 47, p. 69, disponible en ligne à l'adresse <http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/List4.htm> (date d'accès : 4 août 2008) [traduction CICR].

²²⁴ Sous-Commission des Nations Unies pour la promotion et la protection des droits de l'homme, document de travail présenté par Françoise Hampson et Ibrahim Salama sur les relations entre droits de l'homme et droit international humanitaire, doc. Nations Unies E/CN.4/Sub.2/2005/14, 21 juin 2005, par. 9 à 37.

²²⁵ Bothe, *op. cit.* (note 4), p. 45 [traduction CICR] ; voir aussi Meron, *op. cit.* (note 9), p. 247, selon lequel « c'est leur idéalisme et leur naïveté qui constituent leur plus grand atout » [traduction CICR] ; Reidy, *op. cit.* (note 44), p. 529.

indépendant peut offrir une meilleure protection aux victimes, ou renforcer la protection grâce à d'autres mécanismes et institutions²²⁶.

Une autre objection parfois avancée est que les personnes protégées par le droit humanitaire ne sont généralement pas en mesure d'utiliser des voies de recours juridique, et qu'il vaut donc mieux compter sur un organisme impartial agissant de sa propre initiative que sur des mécanismes judiciaires²²⁷. Il est vrai que dans bien des cas, les personnes n'ont pas accès à une protection judiciaire. Cependant, la pléthore d'affaires existantes suffit à prouver la faiblesse de cet argument. Il réduit le choix à une alternative entre un mécanisme de protection judiciaire ou une protection juridique, alors qu'il existe d'autres possibilités. Il y a bien des manières d'offrir une protection aux personnes dans un conflit armé, que ce soit par les activités d'organisations humanitaires telles que le CICR, des mécanismes politiques comme certaines instances des Nations Unies, des procédures légales, des pressions exercées par des groupes de défense d'intérêts, ou des décisions rendues par des organismes pénaux internationaux²²⁸. L'examen par des tribunaux, y compris par des tribunaux des droits de l'homme ou par des tribunaux nationaux reconnaissant le statut de victimes de violations des droits de l'homme fondamentaux, peut être une méthode puissante de protection.

Le droit relatif aux droits de l'homme n'offre pas nécessairement une protection plus forte en ce qui concerne les droits matériels²²⁹. Limitons-nous à citer deux graves limites du droit des droits de l'homme : sa dépendance à l'égard de la compétence juridique ou du contrôle effectif de l'État, et le fait qu'il n'est pas contraignant pour les États qui ne sont pas parties aux traités²³⁰.

D'autre part, si les organes des droits de l'homme négligeaient entièrement le droit humanitaire, surtout dans une situation où celui-ci représente la *lex specialis*, ou faussaient le sens des droits de l'homme en utilisant implicitement des termes de droit humanitaire sans s'y référer ouvertement, cela pourrait conduire à un affaiblissement des deux régimes juridiques, et empêcher « une construction cohérente des règles de protection en temps de conflit armé, tout en favorisant la fragmentation »²³¹. Il serait préférable, pour la protection des victimes des conflits armés à long terme, d'indiquer clairement quelles sont les normes qui s'appliquent à une situation précise. Bien que la plupart des instances internationales des droits de l'homme n'aient pas appliqué directement le droit international humanitaire, puisque leur mandat n'englobait que les traités des droits de l'homme applicables par chacune d'entre elles²³², la Cour interaméricaine a appliqué le droit humanitaire en interprétant la Convention américaine relative aux droits de l'homme à la lumière des Conventions de Genève, en raison

²²⁶ William Abresch, « A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya », *European Journal of International Law*, vol. 16 (2005), p. 741 ; voir aussi Bothe, *op. cit.* (note 4), p. 90.

²²⁷ Schindler, *op. cit.* (note 221), p. 941.

²²⁸ On trouvera une évaluation intéressante de ces divers mécanismes dans : Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 232 à 277.

²²⁹ Aeyal M. Gross, « Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation? », *European Journal of International Law*, vol. 18 (2007), p. 35. En ce qui concerne l'aspect plus protecteur de certaines dispositions du droit humanitaire, voir Cordula Droege, « The Interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict », *Israel Law Review*, vol. 40 (2007), p. 350.

²³⁰ Même si l'on considère que les groupes armés non gouvernementaux sont liés par les droits de l'homme, seuls des États peuvent être poursuivis devant des instances et tribunaux internationaux.

²³¹ Gaggioli et Kolb, *op. cit.* (note 119), p. 126 [traduction CICR].

²³² La CEDH a eu à se pencher, dans deux affaires récentes, sur des questions très complexes de droit pénal international et de droit international humanitaire, mais elle semble avoir cherché à éviter de s'aventurer trop avant sur le territoire du DIH. Voir l'affaire *Korbely c. Hongrie*, requête n° 9174/02, arrêt du 19 septembre 2008, et l'affaire *Kononov c. Lettonie*, requête n° 36376/04, arrêt du 24 juillet 2008, par. 122.

du chevauchement de leur contenu²³³. La Commission interaméricaine est l'unique instance qui s'est expressément déclarée compétente pour appliquer le droit humanitaire²³⁴.

Pour résumer notre propos, il n'y a pas de contradiction entre le droit des droits de l'homme et le droit humanitaire en ce qui concerne les voies de recours juridiques. Le droit humanitaire est muet sur la question d'un droit de recours individuel, mais il ne l'exclut pas lorsque ce droit est prévu au titre d'autres textes juridiques internationaux ou nationaux. Le droit relatif aux droits de l'homme a renforcé la possibilité, pour les victimes présumées de violations des droits de l'homme et du droit humanitaire, de saisir des tribunaux et d'autres instances des droits de l'homme. Il n'y a là aucun conflit avec le droit humanitaire, mais bien une possibilité d'assurer un meilleur respect de ce droit, même si c'est à travers le prisme des droits de l'homme.

Les réparations

Alors que les violations des droits de l'homme entraînent un droit individuel à réparation²³⁵, les normes équivalentes sur la réparation en droit international des conflits armés ne reconnaissent ce droit, ou tout au moins le droit de demander réparation, qu'aux États²³⁶. Le droit humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux ne contient aucune disposition relative à la réparation.

Cependant, le droit international humanitaire ne contient aucune disposition qui exclue le droit à réparation²³⁷. Nombreuses, parmi les violations graves du droit humanitaire, sont celles qui constituent aussi des violations graves du droit des droits de l'homme. Ainsi, pour un seul et même acte – un acte de torture, par exemple –, une personne peut avoir un droit à pleine réparation du fait qu'il constitue une violation des droits de l'homme, alors même que le droit humanitaire ne prévoit rien. On constate une tendance croissante à reconnaître le devoir des États d'accorder une pleine réparation aussi pour les violations du droit humanitaire. Les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, adoptés par l'Assemblée générale en 2005²³⁸, sont un pas dans cette direction. De la même manière, la Cour internationale de justice a considéré, dans son avis consultatif dans l'affaire du *Mur*, qu'Israël avait l'obligation de réparer tous les dommages causés à toutes les personnes physiques ou morales touchées par la construction du mur²³⁹. Il existe aussi une certaine pratique des mécanismes de

²³³ Affaire *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, *op. cit.* (note 45), par. 207 à 209. Le Comité des droits de l'homme a déclaré qu'il pouvait, pour déterminer si le Pacte autorise un État partie à déroger à telle ou telle de ses dispositions, tenir compte des autres obligations internationales d'un État. Comité des droits de l'homme, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Observation générale n° 29, États d'urgence (art. 4), doc. Nations Unies CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, par. 10.

²³⁴ Commission interaméricaine des droits de l'homme, « Case 11.137, Juan Carlos Abella, Argentina », dans *Annual Report of 1997*, doc. OEA/Ser.L/V/II.98, doc. 6 rev., 13 avril 1998, par. 157 à 171.

²³⁵ Voir les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire. Selon les traités, ce droit est formulé dans des normes qui diffèrent par leur rédaction, mais dont le contenu est fondamentalement identique. Voir, par exemple, le par. 3 de l'art. 2 du PIDCP, l'art. 41 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'art. 41 de la Convention contre la torture et l'art. 63 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme.

²³⁶ Art. 3 du Règlement de La Haye de 1907 ; art. 91 du Protocole additionnel I ; voir Emanuela-Chiara Gillard, « Reparation for Violations of International Humanitarian Law », *International Review of the Red Cross*, vol. 85 N° 851 (septembre 2003), pp. 529 à 554.

²³⁷ Hampson et Salama, *op. cit.* (note 224), par. 20, 49.

²³⁸ Résolution 60/147 du 16 décembre 2005, doc. Nations Unies A/RES/60/147 du 21 mars 2006.

²³⁹ Affaire du *Mur*, *op. cit.* (note 47), par. 152. On peut se demander si cette conclusion de la Cour s'explique par

réparation, comme la Commission des Nations Unies de règlement des demandes ou la Commission des Nations Unies des demandes d'indemnisation [Éthiopie/Érythrée], qui permettent aux personnes de déposer des demandes directement, de participer, à des degrés divers, à la procédure d'examen des demandes et de recevoir directement une indemnisation²⁴⁰. Il existe en outre une pratique très riche en droit national concernant les réparations après un conflit armé²⁴¹. L'article 75 du Statut de Rome marque une étape importante, en reconnaissant le droit des victimes de crimes internationaux à réparation (en laissant cependant une marge d'appréciation à la Cour).

Sans approfondir l'examen de ce sujet complexe, l'argument principal contre le droit individuel à réparation est qu'en temps de conflit armé, les violations peuvent être à tel point massives et répandues, et les dommages si gigantesques, qu'ils dépassent la capacité des États, en termes financiers aussi bien qu'en termes logistiques, d'assurer une réparation suffisante à toutes les victimes²⁴². Du point de vue juridique, cet argument est fallacieux, car il entraînerait pour conséquence que plus une violation est répandue et massive, et moins les victimes auraient droit à réparation. Cependant, admettre une demande individuelle de réparation pour les victimes de violations massives du droit humanitaire pose des problèmes d'application bien réels, et risque de susciter des attentes illusoire chez les victimes. Il sera intéressant, à cet égard, d'observer la jurisprudence de la Cour pénale internationale, qui peut s'appuyer sur une clause explicite en matière de réparation dans le statut de Rome (l'article 75), et qui élabore actuellement une politique concernant les droits des victimes. La Cour devra probablement opter pour des mesures de type dédommagement forfaitaire ou réparation à l'échelle d'une communauté entière, afin de toucher le plus grand nombre possible de victimes. Quoi qu'il en soit, il apparaît clairement que s'il n'est plus possible, à la lumière de l'évolution du droit et de la pratique, de s'en tenir à la simple affirmation qu'il n'existe pas de droit individuel à réparation pour les violations du droit international humanitaire, de nombreuses incertitudes demeurent quant à la manière dont il pourrait être possible d'accorder de manière appropriée des réparations à grande échelle à la suite d'un conflit armé.

Conclusion

Résumons notre propos : le droit international humanitaire n'étant pas, par nature, articulé autour de droits individuels, il est difficile d'imaginer comment il pourrait incorporer tous les droits relatifs à la procédure définis dans le droit relatif aux droits de l'homme. Cependant, une prise de conscience de l'application des droits de l'homme dans les conflits armés, et des appels de plus en plus insistants à la transparence et à la responsabilité dans les opérations militaires, pourraient favoriser une meilleure protection de certains droits en vertu du droit

l'absence d'un autre État auquel Israël aurait pu verser des dédommagements. Voir Pierre d'Argent, « Compliance, Cessation, Reparation and Restitution in the *Wall* Advisory Opinion », dans : Pierre-Marie Dupuy *et al.* (éd.), *Völkerrecht Als Weltordnung—Common Values In International Law, Festschrift für Christian Tomuschat*, 2006, pp. 463, 475.

²⁴⁰ Voir Gillard, *op. cit.* (note 236), p. 540.

²⁴¹ Voir, au sujet de l'Allemagne, Roland Bank, « The New Programs for Payments to Victims of National Socialist Injustice », *German Yearbook of International Law*, vol. 44 (2001), pp. 307 à 352 ; la description la plus complète des programmes nationaux de réparation figure dans : Pablo de Greiff (éd.), *The Handbook on Reparations*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

²⁴² Voir à ce sujet Elke Schwager et Roland Bank, « An Individual Right to Compensation for Victims of Armed Conflicts? », document présenté au Comité sur l'indemnisation des victimes de guerre de l'Association de droit international, pp. 45 à 48 ; Pierre d'Argent, « Wrongs of the Past, History of the Future? », *European Journal of International Law*, vol. 17, Issue 1 (2006), pp. 279, 286.

international humanitaire.

Seul le temps dira si ces deux systèmes juridiques, qui n'étaient pas conçus à l'origine pour s'appliquer en contact si étroit, évolueront harmonieusement dans le contexte plus vaste du droit international. Une chose, cependant, est hors de doute : il est exclu d'imaginer un retour en arrière à une séparation totale de ces deux domaines. Une démarche cohérente en matière d'interprétation des droits de l'homme et du droit humanitaire – respectueuse de leurs caractéristiques respectives – ne peut que contribuer à une protection plus efficace des personnes dans les conflits armés.