

LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME FACE À L'EUROPE EN CRISE

.....

Linos-Alexandre Sicilianos¹

Juge à la Cour européenne des droits de l'homme; Membre associé de l'Institut de droit international;
Professeur à l'Université d'Athènes; Membre du Curatorium de l'Académie de droit international de La Haye

RÉSUMÉ

L'article explore l'attitude de la Cour européenne des droits de l'homme face aux aspects principaux de la crise que traverse actuellement l'Europe, à savoir la crise économique, la crise des migrants et des réfugiés, le terrorisme et les conflits armés. En traçant les grandes lignes jurisprudentielles en ces matières, l'auteur cherche à mettre en évidence la contribution de la Cour dans l'examen d'un grand nombre d'affaires extrêmement délicates juridiquement, politiquement et humainement et son rôle en tant que gardienne des idéaux et des principes démocratiques de notre continent.

Mot-Clés

Un crise économique; Convention; Cour; migrants; réfugiés; terrorisme; conflits armés; application du DIH.

C'est un truisme de dire que l'Europe traverse actuellement une crise grave. Jusqu'à récemment on pensait que cette crise était d'abord économique. Les flux de réfugiés sans précédent depuis la Seconde guerre mondiale ont ajouté une dimension nouvelle à cette situation. Par ailleurs, ainsi qu'il a été amplement démontré par les attentats à Paris au mois de janvier, en Isère, en Tunisie et au Koweït en juin, en Turquie en octobre et encore une fois à Paris en novembre 2015, la montée des extrémismes et du terrorisme, voire de la barbarie, prend des proportions de plus en plus inquiétantes. En parallèle, de nouveaux conflits armés éclatent et d'autres conflits perdurent sur notre continent ou à proximité de notre région. Il y a bien sûr d'autres éléments qui composent le tableau plutôt sombre de l'Europe contemporaine. Il me semble, néanmoins, que ces quatre aspects – la crise économique, la crise des réfugiés, la montée du terrorisme et les conflits

armés – sont les éléments les plus saillants dans les circonstances actuelles. Tous ces problèmes engendrent des souffrances humaines inouïes, des violations graves et souvent terrifiantes des droits de l'homme.

Dans ces conditions, on peut légitimement se demander si le cadre juridique et institutionnel instauré pour protéger notre "patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques" est suffisamment fort pour faire face à ces défis. Si l'on s'accorde pour reconnaître que la Convention européenne des droits de l'homme constitue l'un des trésors les plus précieux qu'a créés la civilisation européenne et que la Cour européenne des droits de l'homme est l'organe par excellence pour veiller au respect des engagements résultant de cet instrument, on se pose la question de savoir quel est le rôle que joue notre juridiction dans ce contexte de crise.

Depuis la Conférence d'Interlaken jusqu'à celle de Bruxelles, on parle souvent ces dernières années des difficultés du fonctionnement de la Cour, de l'absorption de l'arriéré des affaires pendantes, de la productivité de la Cour etc. On a souvent tendance à oublier que la Cour de Strasbourg est confrontée aux problèmes les plus difficiles de notre continent. Qu'elle a eu à se prononcer sur les conséquences humaines de la crise économique ; qu'elle devient progressivement un acteur important dans le contexte de la crise des réfugiés ; qu'elle a été saisie à l'occasion des affaires terroristes les plus sensibles et les plus dramatiques ; qu'on lui a demandé de se prononcer sur tous les conflits armés qui ont éclaté sur notre continent ces dernières décennies, y compris le conflit en Ukraine qui a fait l'objet de quatre recours interétatiques et de plus de 1600 requêtes individuelles. Alors au lieu de me pencher sur les aspects procéduraux ou autres du fonctionnement de la Cour, je me propose

d'une "grande latitude" en la matière. À moins d'être arbitraire ou déraisonnable, la décision du législateur dans un contexte de crise relève de sa marge d'appréciation. Le juge international s'autolimité par l'invocation du principe de subsidiarité. Ce n'est pas son rôle de faire de la politique économique. Cette décision a été citée à plusieurs reprises à l'occasion des mesures d'austérité au Portugal (y compris dans une décision de 2015), ainsi que dans l'affaire *Savickas c. Lituanie* concernant la réduction des salaires des juges.

Ce n'est que dans une seule affaire contre la Hongrie (*N.K.M. c. Hongrie*, 2013) que la Cour a constaté une violation du droit de propriété dans le contexte des mesures d'austérité. Or, il s'agissait en l'occurrence d'une prestation sociale dont une partie a été soumise à un impôt de l'ordre de 98%. Il apparaît, par conséquent, que c'est avec parcimonie et dans des cas vraiment exceptionnels – comme l'affaire hongroise – que la Cour intervient dans le processus de choix des priorités et des mesures économiques d'envergure.

C) Les droits indérogeables, l'Etat de droit et la non-discrimination

En revanche, la Cour se montre intransigeante quand il s'agit de préserver l'essentiel, à commencer par les droits indérogeables.

Concernant le respect des droits faisant partie du noyau dur de la Convention on notera, tout d'abord, que la Cour a focalisé son attention sur les retombées de la crise économique sur les conditions de détention. C'est ainsi, par exemple, que dans l'affaire *Orchowski c. Pologne*, la Cour a affirmé que le manque de moyens ne saurait justifier des conditions de détention incompatibles avec l'article 3 de la Convention (interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants). Les États doivent organiser leurs systèmes pénitentiaires de façon à respecter la dignité des détenus "indépendamment des difficultés financières et logistiques".

Et la Cour de conclure que si l'État n'est pas en mesure d'assurer des conditions de détention conformes aux exigences de l'article 3 il doit abandonner sa politique criminelle stricte afin de réduire le nombre de détenus. Autrement dit, la Cour fait peser sur les États une sorte

d'obligation de résultat, tendant à respecter en toutes circonstances des conditions de détention conformes aux exigences de l'article 3, y compris en modifiant, le cas échéant, leur politique criminelle.

Un raisonnement analogue s'applique *mutatis mutandis* pour ce qui est du droit à un procès équitable, qui constitue la clé de voûte pour la prééminence du droit. L'État ne saurait prétexter du manque de crédits pour justifier les retards excessifs des procédures internes. L'État ne peut non plus évoquer une telle pénurie pour ne pas honorer une dette fondée sur une décision de justice.

On relèvera, enfin, que la Cour n'admet pas des discriminations à l'égard de groupes défavorisés sous prétexte de manque de moyens. Elle a souligné par exemple que, contrairement à d'autres prestations sociales, l'instruction est un droit directement protégé par la Convention, un droit important pour l'épanouissement personnel de chacun. Dans ces conditions, l'obligation faite aux étrangers ne disposant pas de permis de séjour permanent de verser des frais de scolarité pour poursuivre leurs études secondaires constituait un traitement discriminatoire. L'attachement au principe de non-discrimination est d'autant plus important qu'il s'agit d'un principe transversal dans le système international de protection des droits de l'homme.

Il en résulte que face à la crise économique la Cour adopte une position à la fois prudente et ferme. Elle met en évidence les retombées de la crise sur une série de droits protégés par la Convention. En même temps elle invoque le principe de subsidiarité pour éviter d'intervenir dans des décisions d'envergure reflétant des choix politiques majeurs en matière économique, des choix qui relèvent en définitive du pouvoir souverain de l'État. Cependant, la Cour veille à préserver le noyau dur de la Convention et refuse d'entrer dans des considérations d'ordre économique lorsqu'il s'agit de protéger les droits indérogeables, les principes liés à la notion et aux valeurs de l'État de droit ou encore le principe de non-discrimination.

II. La crise des migrants et des réfugiés: une boussole pour les États et l'UE

Je passe maintenant au deuxième chapitre de mon intervention, à savoir la crise des

migrants et des réfugiés. Il importe de rappeler à cet endroit que contrairement à la Charte des droits fondamentaux, le système de la Convention ne prévoit pas le droit d'asile. Par ailleurs, à part quelques dispositions éparses liées à la procédure d'expulsion, la Convention et ses Protocoles ne reconnaissent pas des droits au profit des étrangers en tant que tels. Dans ces conditions, la Cour a rappelé à maintes reprises que les États sont en principe libres de réglementer l'entrée, le séjour ou l'éloignement des étrangers. Cependant, pour reprendre la formule de la Grande Chambre dans l'affaire *Géorgie c. Russie* (I), "si les États peuvent établir souverainement leurs politiques d'immigration, les difficultés de gestion des flux migratoires ne sauraient justifier des pratiques incompatibles avec leurs obligations conventionnelles".

Cette phrase résume l'approche de la Cour en la matière: sur la base des dispositions générales de la Convention, la Cour a créé de toutes pièces et par la voie prétorienne un ensemble de standards qui constituent une boussole pour les États parties, mais aussi pour l'Union européenne. Cette jurisprudence renforce la Convention de Genève de 1951 sur le statut des réfugiés, elle met en évidence les limites du Règlement de Dublin, tout en posant les jalons de la politique migratoire des États.

A) Le renforcement de la Convention de Genève sur les réfugiés

Pour ce qui est de la Convention de Genève, on sait que le principe de non-refoulement en constitue la pierre angulaire. Or le principe en question, tel que consacré par l'article 33 de cette Convention, n'est pas absolu. En effet, un réfugié peut être éloigné à titre exceptionnel, lorsqu'il représente un danger pour la sécurité de l'État d'accueil ou, ayant commis une infraction pénale grave, il constitue une menace pour la collectivité. En revanche, la CEDH telle qu'interprétée par la Cour, interdit de manière absolue le renvoi d'une personne qui serait exposée dans l'État de destination à un risque réel de traitement contraire au droit à la vie ou à la prohibition de la torture. Comme l'a observé la Cour, la perspective que l'intéressé constitue une menace grave pour la collectivité ne diminue en rien le risque qu'il subisse des mauvais traitements en cas d'éloignement (*Saadi c. Italie*).

Par ailleurs, cette interdiction absolue d'éloignement s'applique non seulement aux réfugiés et aux demandeurs d'asile, mais également à des personnes qui n'ont même pas pu formuler une telle demande. L'arrêt *Sharifi et autres c. Italie et Grèce* de 2014, portant sur les refoulements automatiques, opérés dans les ports de la mer Adriatique, illustre de manière frappante ce dernier problème. De plus, dans des circonstances exceptionnelles, l'existence d'un contexte de violence généralisée ou un conflit armé ont été jugés suffisants en tant que tels pour exclure l'éloignement de l'intéressé. L'affaire *Sufi et Elmi c. Royaume Uni*, concernant la violence aveugle qui régnait en Somalie, en est l'exemple jurisprudentiel par excellence. Dans la récente affaire *L. M. c. Russie* (octobre 2015), cette jurisprudence a été transposée au conflit syrien. Il apparaît ainsi que l'interdiction d'éloignement au titre de la Convention est à la fois plus forte et plus large que le principe de non-refoulement de la Convention de Genève.

On rappellera également que depuis l'arrêt de la Grande Chambre *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, la Cour a constaté à plusieurs reprises une violation de la Convention en raison de l'absence d'accès pour les requérants à la procédure d'asile, combinée au risque d'expulsion vers un pays où ils étaient susceptibles de subir de mauvais traitements. En d'autres termes, même si le droit d'asile n'est pas reconnu en tant que tel par la CEDH, les défaillances graves de la procédure d'asile sont érigées en une violation autonome de la Convention.

B) La mise en évidence des limites du Règlement de Dublin

Cette constatation conduit à évoquer la jurisprudence de la Cour au sujet du règlement de Dublin. Si le texte de ce règlement a été modifié et actualisé au fil du temps, sa philosophie reste la même que celle de la Convention de Dublin de 1990. Même s'il peut être présenté comme un instrument essentiellement procédural – puisqu'il ne fait que déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile – le règlement en question reflète en réalité un choix politique très important. Il impose un fardeau considérable aux États dits de premier contact avec les flux des demandeurs d'asile. Cependant, le règlement contient une échappatoire, la clause de souveraineté, permettant aux États de déroger

aux critères fixés et d'examiner eux-mêmes une demande d'asile.

C'est en partant de cette clause que la Cour a conclu dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce* que lorsqu'ils appliquent le règlement de Dublin, les États doivent s'assurer que la procédure d'asile du pays intermédiaire – en l'occurrence la Grèce – offre des garanties suffisantes permettant d'éviter qu'un demandeur d'asile ne soit expulsé dans son pays d'origine sans une évaluation des risques qu'il encourt. Et la Cour de constater les "défaillances structurelles" dans la procédure d'asile en Grèce, notion reprise en substance par la Cour de Luxembourg dans l'affaire *N. S.* et utilisée actuellement dans le règlement Dublin III. En d'autres termes, la jurisprudence de notre Cour a eu une influence directe sur ce règlement de l'Union.

Dans l'affaire *Tarakhel c. Suisse*, la Grande chambre de la Cour a souligné que l'exigence de "protection spéciale" pour les demandeurs d'asile est d'autant plus importante lorsqu'il s'agit d'enfants. La Cour a tenu compte des besoins particuliers et de l'extrême vulnérabilité de la famille des requérants. Si les conditions d'accueil en Italie ne révélaient pas l'existence des défaillances systémiques analogues à celles de l'affaire *M.S.S.*, elles étaient néanmoins hautement problématiques. Dans ces conditions, la Cour a exigé que les autorités suisses obtiennent des autorités italiennes des garanties individuelles avant le renvoi de la famille en Italie. Des garanties au sujet de la prise en charge adaptée à l'âge des enfants et à la préservation de l'unité familiale. En d'autres termes, la Cour a écarté "l'automatisme" inhérente au régime de Dublin pour mettre en avant l'intérêt des enfants dans le contexte de l'article 3 de la Convention.

Enfin, dans l'affaire *Sharifi et autres c. Italie et Grèce* la Cour a rappelé que l'application du système Dublin doit se faire d'une manière compatible avec la CEDH. Aucune forme d'éloignement collectif ne saurait être justifiée par référence à ce système.

Il apparaît ainsi que la Cour a mis en évidence la nécessité de repenser le système Dublin bien avant que la crise des réfugiés n'atteigne les dimensions actuelles. Depuis lors plusieurs voix s'élèvent, dont celle du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, pour appeler à "revoir fondamentalement" le règlement de Dublin.

C) Les jalons de la politique migratoire

Au-delà de cet aspect important, la jurisprudence de la Cour a posé progressivement quelques jalons de la politique migratoire des États, tout en ayant influencé celle de l'Union européenne. Il en va ainsi notamment pour ce qui des conditions de détention des immigrés ou des demandeurs d'asile dans des centres de rétention. Le récent arrêt *Khlaifia et autres c. Italie*, concernant *inter alia* les mauvaises conditions de détention sur l'île de Lampedusa, est particulièrement intéressant sur ce point. En effet, devant une situation qualifiée de crise humanitaire, le gouvernement italien a invoqué explicitement l'état de nécessité en tant que circonstance exonératoire de sa responsabilité. La Cour a reconnu les contraintes qui pesaient sur les autorités italiennes. Elle a néanmoins rejeté cet argument. Ces contraintes ne sauraient exonérer l'État défendeur de son obligation de garantir des conditions de détention compatibles avec le respect de la dignité humaine. La Cour a rappelé à cet égard le caractère absolu, voire impératif de l'article 3 de la Convention.

Dans un contexte voisin, l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* a mis en exergue la question des conditions d'existence des demandeurs d'asile en attendant que les autorités se prononcent sur leur demande. Il importe de rappeler à cet endroit que le requérant était libre au moment des faits. Il n'était pas en détention. Néanmoins, la Cour a estimé que les autorités grecques n'avaient pas dûment tenu compte de la vulnérabilité du requérant comme demandeur d'asile. En raison de leur passivité, elles devaient être tenues pour responsables des conditions de dénuement extrême dans lesquelles il s'est trouvé pendant des mois. Le requérant a été victime d'un traitement humiliant témoignant d'un manque de respect pour sa dignité.

Par ailleurs, un grand nombre d'arrêts aborde la légalité de la détention des immigrés. Cette détention est régulière tant qu'une procédure d'expulsion est en cours. Si l'expulsion s'avère impossible, la détention ne se justifie plus. Concernant plus particulièrement la rétention des demandeurs d'asile, la Cour apprécie s'il aurait été possible ou non d'appliquer une mesure moins radicale, une mesure pouvant remplacer la privation de liberté. Dans cet ordre d'idées, l'arrêt *Khlaifia c. Italie* a constaté récemment que la rétention *de facto* des requérants dans les centres d'accueil de Lampedusa était dépourvue

jurisprudence, la Cour tient souvent compte des difficultés considérables que pose la lutte contre le terrorisme pour reconnaître une plus grande latitude aux autorités nationales, pour faire jouer leur marge d'appréciation, pour souligner l'existence de raisons impérieuses justifiant l'invocation de l'état de nécessité etc.

En même temps, la Cour prend soin de réaffirmer la pertinence des principes de sa jurisprudence même dans le contexte extrêmement délicat et exigeant des mesures contre le terrorisme.

B) La réaffirmation des principes jurisprudentiels

Il importe de souligner ainsi que notre juridiction a coupé court au débat doctrinal qui a eu lieu, notamment aux États-Unis suite aux attentats du 11/9, quant à la portée de l'interdiction de la torture. Tant la Grande Chambre, dans l'affaire *Saadi c. Italie*, que les chambres de la Cour ont affirmé avec force le caractère absolu de la prohibition de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la personne concernée et même dans les circonstances les plus difficiles, comme la lutte contre le terrorisme. Plus récemment, dans *Trabelsi c. Belgique*, la Cour réaffirme, dans une affaire liée au terrorisme, que l'emprisonnement à vie incompressible – sans aucune possibilité de libération conditionnelle – est contraire à l'art. 3 CEDH.

La Cour condamne également la détention à durée indéterminée de ressortissants étrangers, soupçonnés d'implication dans des activités terroristes.

À propos des vols secrets de la CIA, la Cour s'insurge contre la détention secrète, en la qualifiant de "totalement incompatible avec l'État de droit" (dans affaire *El-Masri* et dans d'autres affaires plus récentes).

La Cour a fait preuve également de son attachement aux principes de sa jurisprudence en relation avec des affaires touchant aux libertés traditionnelles, protégées par les articles 8-11 de la Convention. À titre purement indicatif on mentionnera l'arrêt *Güler and Uğur c. Turquie* soulignant que "les lois antiterroristes ne devraient pas servir de prétexte à restreindre les activités religieuses légitimes".

Ces quelques exemples suffisent à démontrer qu'en relation avec un grand éventail de droits, la Cour s'en tient aux principes traditionnels de sa jurisprudence, malgré le contexte terroriste.

En d'autres termes, la Cour ne veut pas entrer dans le faux dilemme – liberté *ou* sécurité – mais envoie le message que ces deux valeurs importantes de nos sociétés démocratiques doivent coexister.

Bien plus, le contentieux terroriste a conduit à plusieurs reprises à des avancées jurisprudentielles considérables.

C) Les avancées jurisprudentielles

Dans ce domaine également les exemples sont nombreux. Sans aucunement prétendre à l'exhaustivité, on mentionnera tout d'abord une avancée d'ordre institutionnel, concernant le caractère obligatoire des mesures provisoires. On sait que la possibilité d'adopter de telles mesures n'est pas explicitement mentionnée dans la Convention. Elle figure dans l'article 39 du Règlement de la Cour. Jusqu'en 2005, la Cour n'avait jamais affirmé le caractère obligatoire de ces mesures. C'est à propos d'une affaire liée au terrorisme, l'affaire *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, concernant l'extradition des requérants vers l'Ouzbékistan, que la Cour a franchi un pas important. S'inspirant de la position de la CIJ dans l'affaire *LaGrand*, ainsi que de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la Cour de Strasbourg a jugé que les mesures provisoires ont un effet obligatoire ; effet obligatoire tendant à garantir l'efficacité du recours individuel. Il s'agit là d'une évolution qui a eu un impact très important dans la jurisprudence de la Cour.

Parmi les nombreuses avancées concernant l'interprétation des dispositions substantielles de la Convention, on mentionnera encore une fois l'arrêt de la Grande Chambre dans l'affaire *El-Masri* qui consacre pour la première fois le "droit à la vérité" en relation avec l'obligation procédurale d'enquêter sur les mauvais traitements subis par le requérant.

À l'occasion de l'affaire précitée *Othman (Abu Qatada)*, la Cour a conclu pour la première fois que l'expulsion vers un pays étranger, en l'occurrence la Jordanie, emporterait violation de l'article 6 de la Convention étant donné qu'il

Tchéchénie dont une bonne partie a trait à des disparitions forcées.

Les principaux aspects de la question chypriote ont été abordés notamment dans l'arrêt de 2001 concernant le quatrième recours interétatique *Chypre contre Turquie*, complété en 2014 avec le prononcé de la Cour sur la satisfaction équitable. Ce dernier arrêt constitue une première dans l'histoire de la Cour, notamment parce qu'il applique l'article 41 de la Convention dans le contexte d'une requête interétatique, mais aussi puisqu'il invite le gouvernement requérant à distribuer les sommes adjugées aux victimes individuelles. Du point de vue du droit international général, cet arrêt reflète le droit sur la responsabilité de l'État, ainsi que l'évolution récente du droit relatif à la protection diplomatique.

Enfin – *last but not least* – le conflit en Irak a fait l'objet d'importants arrêts de la Grande Chambre contre le Royaume-Uni (*Al-Skeini, Al-Jedda, Hassan*) ou les Pays-Bas (*Jaloud*). Autant d'occasions pour la Cour d'examiner les questions relatives à la juridiction de l'État, l'application extra-territoriale de la Convention, les problèmes d'attribution, la responsabilité de l'État agissant avec l'autorisation du Conseil de sécurité ou l'applicabilité du droit international humanitaire.

Ce parcours rapide suffit pour démontrer à quel point la Cour de Strasbourg a dû s'impliquer dans les chapitres les plus douloureux de l'histoire récente de notre continent, dans les affaires les plus sensibles de l'actualité politique. Elle a dû affronter des questions épineuses de droit international général, sans parler des difficultés relatives à l'établissement des faits. Par ailleurs, les affaires pendantes sur les conflits ukrainien et géorgien, mais aussi l'arrêt de 2014 sur la question chypriote conduisent à examiner de plus près le renouveau du recours interétatique.

B) Le renouveau du recours interétatique

1. Rappelons, à cet égard, que parmi toutes les conventions relatives aux droits de l'homme qui prévoient le recours interétatique, seule la Convention européenne a été effectivement invoquée pour tenter de tels recours. Dans les autres instruments pertinents – universels et régionaux – le recours en question reste une possibilité purement théorique. En revanche, dans le système de la Convention, le recours interétatique a constitué depuis le début

une composante essentielle de la "garantie collective" des droits protégés: il a été inscrit dans le texte initial de cet instrument et il n'a jamais été soumis à une quelconque condition d'acceptation par les États contractants.

L'existence de ce recours témoigne du caractère *erga omnes partes* de toutes les obligations découlant de la Convention. En effet, étant donné que la violation de ces obligations, substantielles et procédurales, peut faire l'objet d'un recours par n'importe quelle partie contractante, il est évident que les obligations en question sont assumées à l'égard de tous (élément souligné par la Cour dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*). Bien plus, un État qui intente un recours interétatique "ne doit pas être considéré comme agissant pour faire respecter ses droits propres", mais bien plutôt comme soulevant "une question qui touche à l'ordre public de l'Europe" (selon les termes de l'ancienne Commission dans l'affaire *Autriche c. Italie*). Ainsi qu'il a été pertinemment remarqué par notre Président, à travers le recours interétatique la Cour apparaît comme le "garant d'un ordre public paisible en Europe".

L'institution du recours interétatique, figurant déjà – répétons-le – dans le texte de la Convention de 1950, a constitué le précurseur du concept d'obligations *erga omnes* (bien avant la consécration de ce concept par la CIJ en 1970). Elle a été à l'origine du processus conceptuel qui a mené à l'émergence de la notion de *ius cogens* et, partant, à la hiérarchisation de l'ordre juridique international. Bref, le recours interétatique de notre Convention a influencé la structure même du droit international.

2. Concernant plus particulièrement l'importance des recours interétatiques les plus récents, on constate que le quatrième recours *Chypre c. Turquie* a conduit la Cour à se prononcer sur les principaux chapitres de la question chypriote – réfugiés, personnes déplacées, disparitions forcées, droit de propriété – ainsi que sur la question des réparations des victimes.

Les recours pendants de la Géorgie et de l'Ukraine contre la Russie conduiront la Cour à se prononcer sur des questions touchant à l'applicabilité du droit international humanitaire, à la responsabilité de l'État et notamment à des problèmes d'attribution et de contrôle, à l'annexion de territoires et ses effets sur les individus.

Enfin, dans le contexte de ces recours interétatiques récents, la Cour a dû adopter des mesures provisoires au titre de l'article 39 de son Règlement. Il s'agit là d'une avancée considérable si l'on tient compte du fait que jusqu'ici les mesures provisoires étaient adoptées uniquement en relation avec des requêtes individuelles.

Devant l'ampleur de ces enjeux, d'aucuns se demandent si l'examen de ces recours est conforme à la nature, au rôle et à la mission de la Cour en tant que juridiction spécialisée en matière de "droits de l'homme". Pour moi la réponse positive ne fait pas de doute. À partir du moment où la requête est recevable, on voit mal comment la Cour pourrait se dérober à son devoir "d'assurer le respect des engagements résultant pour les Parties contractantes de la Convention et de ses Protocoles" (article 19).

Certes, une requête interétatique comporte presque inexorablement une dimension politique. Cependant, ce facteur n'a aucunement découragé les rédacteurs de la Convention de faire de tels recours une pièce maîtresse du système de garantie collective des droits protégés par la Convention. De surcroît, ainsi qu'il a été pertinemment remarqué par la CIJ, la plupart des questions qui se posent dans la vie internationale ont par la nature des choses une dimension politique. Or, le fait qu'une question qui lui est posée revête par ailleurs des aspects politiques ne suffit pas à la priver de son caractère de "question juridique" et à "enlever à la Cour une compétence qui lui est expressément conférée par son Statut" (Avis consultatif sur *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*). Cette manière de voir s'applique *mutatis mutandis* à la Cour européenne des droits de l'homme.

Dire, par ailleurs, qu'un arrêt concernant les aspects d'un conflit armé relatifs aux droits de l'homme risquerait ne pas être vraiment efficace ou soulever des problèmes quant à son exécution, ne constitue pas un argument convaincant pour plusieurs raisons. Tout d'abord, un argument analogue pourrait être mis en avant pour tout arrêt émanant d'une juridiction internationale. Se prononcer, par exemple, sur la licéité du recours à la force ne changerait pas forcément quelque chose sur le terrain. Cela ne signifie aucunement, cependant, qu'un tel prononcé n'aurait pas d'importance ou qu'il ne pourrait pas jouer un rôle significatif sur

le plan diplomatique. Il en va de même d'un arrêt qui établirait la nature et l'étendue des violations des droits de l'homme, ainsi que l'ampleur de la responsabilité étatique à cet égard dans le contexte d'un conflit armé.

En effet, lors d'un tel conflit il y a presque inévitablement des exactions, des violations, souvent graves, des droits de l'homme (et du droit international humanitaire). Mettre de côté l'aspect humain d'un conflit armé serait tout à fait inapproprié en l'état actuel de l'évolution du droit international. Encore faut-il, cependant, se poser la question de savoir si et dans quelle mesure la Cour peut appliquer non seulement la Convention, mais aussi le droit international humanitaire dans de telles circonstances.

C) L'application du DIH: une ouverture progressive

Pendant des décennies et jusqu'à récemment, la Cour s'est montrée très réticente face à l'application du DIH. Cette attitude ne devrait pas étonner. Il ne faudrait pas oublier, en effet, que l'article 19 de la Convention stipule en substance que la Cour est compétente pour appliquer la Convention, toute la Convention, rien que la Convention. L'exception principale à ce schéma est fournie par la clause de dérogation de l'article 15 de la Convention se référant aux "autres obligations" de l'État concerné "découlant du droit international".

En effet, la Cour considère, en principe, que l'application éventuelle du droit humanitaire passe par la clause de dérogation. Ainsi qu'en témoignent notamment les affaires "tchéchènes", si l'État défendeur n'a pas invoqué l'article 15 de la Convention, la Cour applique en principe les dispositions de celle-ci, sans accepter aucune dérogation qui pourrait découler d'une application parallèle du droit humanitaire. Il est par ailleurs significatif que même lorsque l'État défendeur invoque l'article 15 de la Convention dans le contexte d'un état d'urgence portant sur une partie de son territoire, la Cour évite soigneusement de se référer au droit des conflits armés non-internationaux. Il en va ainsi notamment des affaires dites "kurdes".

Parallèlement à cette attitude réservée, on observe, toutefois, une ouverture certes timide, mais néanmoins importante face au DIH dans des affaires relatives à des conflits armés internationaux. C'est ainsi que dans le contexte

du conflit chypriote la Cour a estimé, dans l'affaire *Varnava*, que "[l]'article 2 – relatif au droit à la vie – doit être interprété dans la mesure du possible à la lumière des principes du droit international, notamment des règles du droit international humanitaire". En l'occurrence, le droit humanitaire est invoqué pour corroborer l'interprétation de la Convention. Les obligations au titre du droit humanitaire sont convergentes avec celles de la CEDH.

Dans d'autres cas la Cour procède à un examen incident du DIH (dans l'affaire *Kononov* par exemple), ou bien elle tient compte du droit humanitaire, tout en estimant que celui-ci ne fournit pas de "de réponse concluante" à la question cruciale de l'affaire (*Sargsyan c. Azerbaïdjan*).

Toutefois, le tournant dans l'attitude de la Cour face au droit international humanitaire a été effectué avec l'arrêt *Hassan c. Royaume-Uni*. Il s'agissait, en l'occurrence, de l'arrestation et de la détention du frère du requérant par les forces britanniques en Irak en avril 2003. Les actes en question étaient décidés en vertu des pouvoirs conférés au Royaume-Uni par les troisième et quatrième Conventions de Genève. Cependant, une telle détention ne correspond à aucune des catégories énumérées aux alinéas a) à f) de l'article 5 par. 1 de la Convention. Or cette énumération est limitative. Autrement dit, une détention qui ne correspond à aucune de ces catégories est, en principe, contraire à l'article 5 de la Convention. Bref, l'arrestation et la détention litigieuses étaient permises sur la base du droit humanitaire, ce qui n'était pas le cas en vertu de la Convention.

Dans son arrêt sur l'affaire *Hassan*, la Grande Chambre a cité la position de la CIJ sur l'articulation entre le DIH et les droits de l'homme. On sait, en effet, que la Cour de La Haye a distingué trois situations à cet égard: "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" (*Avis consultatif sur l'Édification d'un mûr en territoire palestinien*).

C'est précisément dans cet esprit que se situe l'arrêt *Hassan*. Face à une situation qui relevait à la fois du DIH et des droits de l'homme, la Cour européenne a adopté une approche tendant à harmoniser les obligations

découlant de ces deux branches, plutôt qu'à les opposer.

Tout en se disant consciente que l'internement litigieux ne cadre pas avec les garanties de la CEDH, la Cour est prête à interpréter l'article 5 en tenant compte du droit humanitaire. Pour ce faire, la Cour insiste sur la quintessence du droit à la liberté et à la sûreté, à savoir la protection de l'individu contre l'arbitraire. Or, à partir du moment où la détention du requérant était conforme au DIH, elle était "régulière" au sens de l'article 5 de la Convention. Autrement dit, le but fondamental de cette disposition – l'interdiction de l'arbitraire – était réalisé. En même temps, la Cour fait preuve de pragmatisme en acceptant de baisser quelque peu le standard de protection prévu par la Convention pour tenir compte de la situation qui prévaut dans le contexte d'un conflit armé international.

L'affaire *Géorgie c. Russie N° 2*, actuellement pendante devant la Grande Chambre, risque de soulever une problématique analogue.

CONCLUSION

En conclusion, il importe de rappeler que la Cour européenne des droits de l'homme a dû aborder les aspects principaux de la crise que traverse aujourd'hui notre continent. Sans faire de militantisme, elle a su approcher avec sagesse la crise économique, en faisant jouer le principe de subsidiarité pour ce qui est des décisions économiques d'envergure. En même temps, elle a veillé à préserver l'essentiel, à savoir les droits indérogeables, les principes de l'État de droit et le principe de non-discrimination.

Au sujet de la crise des réfugiés, la jurisprudence de la Cour constitue une boussole pour les États et l'Union européenne. Elle renforce la protection découlant de la Convention de Genève sur le statut des réfugiés. Elle met en évidence la nécessité de repenser le système de Dublin. Elle trace la ligne rouge à ne pas franchir dans des domaines cruciaux, tels que les conditions de détention, les conditions d'existence des demandeurs d'asile, la légalité de la détention ou les expulsions collectives.

La riche jurisprudence concernant le terrorisme ne fait aucunement abstraction des difficultés que pose la lutte contre ce fléau. La Cour réaffirme, en même temps, les principes

de sa jurisprudence constante, tout en la développant sur plusieurs points. Elle refuse d'entrer dans la logique du faux dilemme liberté ou sécurité. Elle prône la liberté *et* la sécurité à la fois.

En parallèle, la Cour a dû se prononcer sur des affaires touchant à pratiquement tous les conflits armés sur notre continent (et même au-delà) durant les dernières décennies. À travers l'institution du recours interétatique la Cour est amenée à examiner des affaires particulièrement sensibles. Elle met en avant la dimension *erga omnes* de sa jurisprudence et elle fait avancer l'interprétation et l'application de la Convention sur des points d'importance certaine pour l'avenir du système. L'ouverture récente au droit international humanitaire pourrait marquer

une nouvelle phase dans la jurisprudence strasbourgeoise.

Dans l'ensemble, la Cour européenne n'est pas seulement la juridiction internationale la plus chargée. Elle est aussi celle qui a eu et le courage et la sagesse nécessaires pour examiner un grand nombre d'affaires extrêmement délicates juridiquement, politiquement et humainement. Il faudrait avoir cette contribution majeure en tête avant de se lancer dans des critiques parfois faciles sur des aspects secondaires de son fonctionnement. La Cour s'efforce toujours d'être à la hauteur de sa mission en tant que gardienne des idéaux et des principes démocratiques de notre continent.

NOTES

1. La présente contribution constitue la version actualisée d'une conférence donnée à la Cour européenne des droits de l'homme le 16 octobre 2015, intégrée dans la série des "Conférences de la Société européenne de droit international (SEDI)". L'auteur remercie chaleureusement le Président Dean Spielmann pour avoir bien voulu

accepter d'ouvrir et de présider la séance, ainsi que la Société européenne de droit international et tout particulièrement son Vice-président, le Professeur Luis Hinojosa, pour son invitation. Les vues exprimées sont celles de l'auteur et n'engagent pas la Cour.

