



Chapitre de livre

2007

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le droit international humanitaire, une lex specialis par rapport aux droits humains?

Sassòli, Marco

How to cite

SASSÒLI, Marco. Le droit international humanitaire, une lex specialis par rapport aux droits humains?
In: Les droits de l'homme et la constitution : études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni. Auer, Andreas, Flückiger, Alexandre et Hottelier, Michel (Ed.). Genève : Schulthess, 2007. p. 375–395.
(Collection genevoise. Recueils de textes)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:11703>

Le droit international humanitaire, une *lex specialis* par rapport aux droits humains ?

MARCO SASSÒLI*

Professeur de droit international public à l'Université de Genève

I. Introduction

Giorgio MALINVERNI est un éminent expert des droits humains, aussi bien de leurs règles issues du droit international que de celles venant du droit interne. Au moment où ces lignes seront publiées, il siègera comme juge à la Cour européenne des droits de l'homme, l'organe phare de la mise en œuvre du droit international des droits humains. Certains lecteurs pourraient toutefois ignorer qu'il a également pratiqué, lorsqu'il était juriste auprès du Comité international de la Croix-Rouge (CICR), le droit international humanitaire (DIH), branche qui fait également l'objet de ses publications¹. Il nous a donc paru approprié de consacrer cette contribution en son honneur à un aspect particulier de la relation entre ces deux branches, aspect fréquemment énoncé, mais très rarement précisé: le DIH en tant que *lex specialis* des droits humains.

II. Le droit international humanitaire, une *lex specialis*

A. L'applicabilité des droits humains dans les conflits armés

Les règles du droit international des droits humains ont été élaborées en vue des problèmes que rencontre l'individu en temps de paix, surtout face à son propre Etat. Formellement, elles ne connaissent toutefois aucune limitation de leur champ d'application matériel. Elles s'appliquent en temps de paix et

* J'aimerais remercier MM. Vasileios PERGANTIS et Zakaria DABONÉ, assistants à la Faculté de droit de l'Université de Genève, pour leurs recherches et pour avoir révisé ce texte.

¹ Giorgio MALINVERNI, Armes conventionnelles modernes et droit international, in: Annuaire suisse de droit international, 1974, pp. 23-54; Droit des personnes privées de liberté au respect de leur correspondance, in: Le droit international humanitaire et les principes de la Croix-Rouge, Etudes et essais en l'honneur de Jean Pictet, Genève / La Haye, CICR / Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 77-101.

en temps de conflit armé. Leur applicabilité aux conflits armés a été maintes fois réaffirmée par le Conseil de sécurité, l'Assemblée générale des Nations Unies, la défunte Commission des droits de l'homme et ses Rapporteurs spéciaux, ainsi que par la Cour internationale de Justice (CIJ). La CIJ a affirmé 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 dérogatoires [...] »². L'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit, par exemple, une telle clause permettant aux Etats, « [e]n cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation », de prendre des mesures dérogeant à certains des droits protégés, mais uniquement dans la mesure où une telle suspension est nécessaire pour faire face à la situation et si la mesure n'est pas incompatible avec les autres obligations internationales de l'Etat dérogeant. Ce dernier doit, en outre, informer le Conseil de l'Europe des mesures prises et de leur justification. Les droits dits non dérogeables ou qualifiés de « noyau dur » comprennent le droit à la vie, ainsi que la protection contre la torture, l'interdiction de l'esclavage et l'interdiction des lois pénales rétroactives. Les autres instruments internationaux de protection des droits humains contiennent des règles similaires, mais leur liste de droits indérogeables est plus fournie³.

L'article 1 des Conventions européenne et américaine précise qu'elles ne couvrent pas uniquement les personnes qui se trouvent sur le territoire d'un Etat partie, mais toutes les personnes qui relèvent de la juridiction d'un tel Etat. Ce qui signifie qu'en cas de conflit armé, les habitants d'un territoire occupé sont couverts par lesdites Conventions si l'occupant est un Etat partie⁴. La Cour européenne a toutefois estimé qu'un individu soumis à un bombardement aérien ne se trouve pas de ce seul fait sous la juridiction de l'Etat bombardant. Par conséquent, elle n'est pas entrée en matière sur la question de savoir si un tel bombardement pouvait violer les droits protégés⁵.

Le Pacte international des droits civils et politiques se réfère, en revanche, aux personnes qui se trouvent sur le territoire d'un Etat « et » relèvent de sa compétence⁶. Le Comité des droits de l'homme a toutefois soutenu que « les Etats parties sont tenus de respecter et garantir à tous les individus se trou-

² CIJ, *Avis consultatif du 9 juillet 2004 sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, CIJ Recueil 2004, p. 136, §§ 102-106, et *Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, CIJ Recueil 1996, p. 226, § 25.

³ Voir art. 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, RS 0.103.2, et art. 27 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, 1114 R.T.N.U. 143.

⁴ CourEDH, arrêt du 18 décembre 1996, *Loizidou c. Turquie (fond)*, Recueil 1996-VI, p. 2214, § 56; CourEDH, arrêt du 10 mai 2001 (Grande Chambre), *Chypre c. Turquie*, § 77.

⁵ CourEDH, *Décision sur la recevabilité de la requête du 12 décembre 2001, Bankovic et autres contre la Belgique et 16 autres Etats*.

⁶ Art. 2(1) du Pacte.

vant sur leur territoire et à tous ceux relevant de leur compétence les droits énoncés dans le Pacte. Cela signifie qu'un Etat partie doit respecter et garantir à quiconque se trouvant 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 Etat 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 paix »⁷. Cette observation implique que le Pacte doit être respecté dans les situations d'occupation militaire. La CIJ est arrivée à la même conclusion⁸. Celle-ci est partagée par différents organes des Nations Unies⁹, mais contestée par des puissances occupantes comme Israël en Palestine et les Etats-Unis en Irak¹⁰.

B. Le droit international humanitaire, branche du droit international couvrant spécifiquement les conflits armés

Dans les conflits armés l'individu est également et surtout protégé par le DIH, branche du droit international qui vise spécifiquement et uniquement ces situations. Le DIH ne peut évidemment pas faire l'objet de dérogations en raison de l'existence d'un conflit armé du moment où il a justement été élaboré pour des situations de conflit armé. Au départ, il vise à protéger l'individu qui se trouve au pouvoir de l'ennemi. L'existence objective d'une situation de conflit armé ou d'occupation entraîne l'applicabilité du DIH sans considération pour la question distincte de la légalité du conflit. C'est le principe de la

⁷ Voir Observation générale n° 31, 26 mai 2004, § 10.

⁸ Voir *Avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur* [note 2], §§ 107-112.

⁹ Voir références dans W. KÄLIN, Report on the situation of human rights in Kuwait under Iraqi Occupation, UN Doc. E/CN.4/1992/26, 16 January 1992, §§ 50-59; Observations finales du Comité des droits de l'homme : Israël. 18/08/98, UN Doc. CCPR/C/79/Add.93, § 10, en ligne : [www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.79.Add.93.Fr?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.79.Add.93.Fr?OpenDocument)

¹⁰ Voir, pour Israël, *Avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur* [note 2], §§ 102 et 110; ROBERTS, Prolonged Military Occupations: the Israeli-Occupied Territories since 1967, in : American Journal of International Law 84 (1990), pp. 71-72, et pour l'Irak une lettre de Paul BREMER (Coalition Provisional Authority Administrator) à Amnesty International selon laquelle « the only relevant standard applicable to the Coalition's detention practices is the Fourth Geneva Convention of 1949. » Voir Amnesty International, Irak : Communication concernant les inquiétudes d'Amnesty International relatives à la législation adoptée par l'Autorité provisoire de la coalition (A.P.C.), 4 décembre 2003, (MDE 14/176/2003), en ligne : <http://web.amnesty.org/library/Index/FRAMDE141762003?open&of=FRA-IRQ>

séparation absolue entre *jus ad bellum* et *jus in bello*¹¹. Le DIH est principalement formulé comme ensemble – très détaillé – de règles de comportement pour les Etats et les individus impliqués dans des conflits armés, et non pas comme droits subjectifs des victimes de conflits armés. Un nombre croissant de règles du DIH est toutefois influencé par les droits humains, y compris par leur formulation comme droits subjectifs.

Le DIH est largement codifié dans les Conventions de Genève de 1949¹², qui lient tous les Etats de la planète, dans le Règlement de la Haye de 1907¹³, qui a acquis une valeur coutumière, et dans les Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève de 1949¹⁴, qui ont quelque 160 Etats parties, parmi lesquels manquent toutefois des Etats importants comme les Etats-Unis, Israël, l'Irak ou la Turquie. Les traités du DIH font la distinction entre les conflits armés internationaux et les conflits armés non internationaux, ces derniers étant régis par des règles moins détaillées et moins protectrices. Certains traités récemment adoptés prévoient toutefois le même régime pour les deux situations. En outre, la séparation est en train de perdre de son importance, sous l'impulsion des droits de l'homme qui ne connaissent pas cette séparation et, surtout, grâce au développement fulgurant du droit international pénal. La jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* dépasse largement la séparation et le Statut de la Cour pénale internationale (CPI) définit les incriminations applicables dans les deux situations de façon très similaire. Finalement, une étude très approfondie du DIH coutumier, récemment publiée par le CICR, a conclu que des règles coutumières seraient

¹¹ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 1125 R.T.N.U. 3, RS 0.518.521, 8 juin 1977, § 5 du préambule; US Military Tribunal at Nuremberg dans le procès contre *Wilhelm List et autres*, The United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. VIII, pp. 34-76 (voir pour ce cas et d'autres références, Marco SASSÒLI / Antoine BOUVIER, *Un droit dans la guerre?*, Genève, CICR, 2003, pp. 107-113, 866, 868 et 882); Henri MEYROWITZ, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Paris, Pedone, 1970; François BUGNION, *Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire*, in: *Revue internationale de la Croix-Rouge* 2002, pp. 523-546.

¹² Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 31, RS 0.518.12 (Convention I); Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 85, RS 0.518.23 (Convention II); Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 135, RS 0.518.41 (Convention III); Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 287, RS 0.518.51 (Convention IV).

¹³ Règlement de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre annexé à la Convention IV de 1907, RS 0.515.112.

¹⁴ Protocole I, et Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 609, RS 0.518.522.

les mêmes dans les deux types de conflits armés, et ce pour la presque totalité des problèmes¹⁵.

C. Solutions aux problèmes résultant du chevauchement des deux branches

Il est généralement admis que les problèmes d'application et d'interprétation provoqués par le chevauchement des deux domaines – DIH, droits humains – trouvent leur solution dans la maxime *lex specialis derogat legi generali*.

La Cour internationale de Justice a dit que c'est « 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 »¹⁶.

Quant à la Commission interaméricaine des droits de l'homme, elle a affirmé que « in a situation of armed conflict, the test for assessing the observance of a particular right [protected by the American Declaration of the Rights and Duties of Man], may, under given circumstances, be distinct from that applicable in a time of peace. For that reason, the standard to be applied must be deduced by reference to the applicable *lex specialis* »¹⁷.

En ce qui concerne la Cour européenne des droits de l'homme, elle ne s'est jamais prononcée sur la relation entre les deux branches. La raison est qu'elle applique uniquement la Convention européenne des droits de l'homme et ne se réfère jamais au DIH lorsqu'elle est appelée à appliquer les droits protégés par cette Convention dans un conflit armé, même si la question à laquelle elle doit répondre est également régie par le DIH¹⁸.

Cependant, la signification concrète de la maxime donne lieu à des controverses. Certains voudraient faire prévaloir le DIH – toujours ou, tout au moins, par rapport à des problèmes sur lesquels ce dernier se prononce. D'autres voudraient faire prévaloir, conformément au principe de faveur qui régit les antinomies entre règles protégeant les droits humains, en toutes circonstances la règle qui est la plus protectrice. A notre avis, cette approche

¹⁵ Jean-Marie HENCKAERTS / Louise DOSWALD-BECK (dir.), *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, CUP, 2005.

¹⁶ CIJ, *Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* [note 2], § 25.

¹⁷ Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), *Coard c. Etats-Unis*, Rapport n° 109/99, Cas 10.951, 29 septembre 1999, §§ 38-44 ; voir aussi CIDH, *Détenus à Guantánamo Bay, Demande de mesures conservatoires*, 12 mars 2002, *International Legal Materials*, vol. 41, n° 3, mai 2002, p. 532.

¹⁸ Voir Marco SASSÒLI, *La Cour européenne des droits de l'homme et les conflits armés*, in : BREITENMOSER / EHRENZELLER / SASSÒLI / STOFFEL / WAGNER PFEIFFER (éds.), *Liber Amicorum Luzius Wildhaber, Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, Zürich, Dike, à publier en 2007.

néglige le fait que le DIH fait précisément un compromis entre exigences d'humanité et donc de protection de l'individu, d'une part, et nécessité militaire de l'autre. Il nous semble alors préférable de faire prévaloir les règles les plus détaillées, plus spécifiques par rapport à la situation et au problème à régir (sans oublier qu'une protection offerte par les droits humains peut disparaître en raison de dérogations, et dans ce cas celle qui est offerte par le DIH sera à nouveau plus spécifique). Avant que cette interprétation ne puisse être précisée et appliquée à un certain nombre de problèmes qui surgissent dans un conflit armé, il nous semble toutefois nécessaire de préciser ce que signifie la maxime *lex specialis derogat legi generali*.

III. Nature, signification et validité de la maxime *lex specialis derogat legi generali*

La maxime «*lex specialis derogat legi generali*» essaye d'établir, par un critère objectif se rapportant à la matière réglée, un ordre de préférence entre deux règles s'appliquant au même problème et réglant celui-ci de façon différente. GROTIUS écrivait déjà : «Parmi les conventions [...] 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 plus général»¹⁹. Emer de Vattel précisa que cela ne vaut que «toutes choses d'ailleurs égales» et explique : «Parce que ce qui est spécial souffre moins d'exceptions que ce qui est général ; il est ordonné plus précisément, & il paraît qu'on l'a voulu plus fortement»²⁰. Ces deux classiques du droit international indiquent déjà les raisons qui sont aujourd'hui données pour justifier cette préférence²¹. La règle spéciale se situe plus près du sujet, tient mieux compte du contexte, et des enjeux ; elle est plus efficace. Pour les volontaristes elle représente mieux la façon dont les Etats veulent régler le problème donné²². Théoriquement il faudrait évidemment régler une telle situation en appliquant la règle la plus juste, mais pour éviter des évaluations personnelles, on préfère se référer à des critères qui semblent plus objectifs, mais reflètent tout de même

¹⁹ Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix* (D. ALLAND et S. GOYARD-FABRE, éd.), Paris, PUF, 1999, p. 413.

²⁰ Emer de VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, Washington D.C., Carnegie Institution, réimpression, 1916, vol. I, p. 511.

²¹ Martti KOSKENNIEMI, *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, Commission du droit international, Doc. N.U. A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, § 60, Rapport de la Commission du droit international [CDI], Cinquante-sixième session, 2004, Doc. N.U. A/59/10, § 305 ; Jost PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law, How the WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge, CUP, 2003, p. 387.

²² PAUWELYN, *ibid.*, p. 388.

la justice²³. Selon la théorie du droit dont ils partent, certains estiment que la maxime établit la volonté existante du législateur²⁴, d'autres cherchent plutôt à travers elle, en droit international tout au moins, d'établir quelque chose de nouveau²⁵. La nature de la maxime, considérée comme immanente à l'ordre juridique international, est également controversée²⁶. Elle n'est ni une règle coutumière²⁷, ni un principe de la logique²⁸. Elle est plutôt une maxime, une ligne directrice pour établir et vérifier la relation entre deux règles en tenant compte du système tout entier²⁹. Elle sert à interpréter les deux règles applicables³⁰ et à résoudre des conflits. Il ne nous semble pas utile de distinguer entre ces deux fonctions ou entre l'application de la norme générale par la norme spéciale et la norme spéciale en tant qu'exception à la norme générale³¹. Le passage entre les deux extrêmes typiques de ces deux paires se fait graduellement et dans tous les cas d'application il existe un peu des deux³².

Parmi les situations auxquelles la maxime peut s'appliquer, dans cette contribution, seule la relation entre des règles appartenant à différents domaines spécialisés, que sont le DIH et le droit international des droits humains, et contenues dans différents instruments nous intéresse³³. Ainsi, la maxime s'applique si les deux règles portent sur la même matière. Ce qui est le cas dès lors que les deux règles mènent à des résultats incompatibles dans une certaine situation d'application, ou si elles suggèrent, sans qu'il y ait une véritable incompatibilité logique, de traiter un problème à l'aide de moyens

²³ N. BOBBIO, Des critères pour résoudre les antinomies, in : Ch. PERELMAN (éd.), Les antinomies en droit : études, Bruxelles, Bruylant, 1965, pp. 237-241.

²⁴ Erich VRANES, *Lex superior, Lex specialis, lex posterior* – Zur Rechtsnatur der Konfliktlösungsregeln, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 65 (2005), pp. 398-403 ; Bruno SIMMA / Dirk PULKOWSKI, Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law, in : European Journal of International Law 17 (2006), p. 507.

²⁵ KOSKENNIEMI [note 21], § 60 ; Wilfred JENKS, The Conflict of Law-Making Treaties, in : British Yearbook of International Law 30 (1953), p. 446.

²⁶ VRANES [note 24], pp. 392-395, énumère bien onze théories différentes.

²⁷ Anja LINDROOS, Addressing Norm Conflicts in a Fragmented System: The Doctrine of Lex Specialis, in : Nordic Journal of International Law 74 (2005), p. 36 ; PAUWELYN [note 21], p. 407 ; Georg SCHWARZENBERGER, International Law as Applied by International Courts and Tribunals, vol. 1, London, Stevens, 1969, p. 472.

²⁸ VRANES [note 24], p. 398 ; SIMMA / PULKOWSKI [note 24], p. 489.

²⁹ KOSKENNIEMI [note 21], § 36.

³⁰ *Ibid.*, §§ 56 et 57 ; SCHWARZENBERGER [note 27], p. 473.

³¹ Comme le fait Heike KRIEGER, A Conflict of Norms: The Relationship between Humanitarian Law and Human Rights Law in the ICRC Customary Law Study, in : Journal of Conflict & Security Law 11 (2006), pp. 269-270.

³² Voir aussi KOSKENNIEMI [note 21], §§ 88, 96, et 103-107 et Rapport de la CDI [note 21], §§ 304 et 308.

³³ Rapport de la CDI [note 21], §§ 306 et 316.

différents³⁴. La maxime n'indique pas une qualité inhérente d'une branche comme le DIH ou de l'une de ses règles. Elle fait plutôt prévaloir une règle en relation avec une autre par rapport à une question donnée³⁵. S'il est vrai qu'il faut analyser la spécialité dans chaque cas d'application³⁶, cela ne signifie pas qu'il faut trancher *ex aequo et bono* par rapport aux faits de chaque cas, mais par rapport à chaque situation de conflit définie de façon générale et abstraite. Ainsi la réponse à la question de savoir si un interné civil dispose également, au-delà du droit d'appel à un organisme compétent prévu par le DIH, d'un recours à un organe judiciaire prévu par les droits humains³⁷ sera toujours la même et ne dépendra pas de la situation individuelle de l'interné.

Pour déterminer quelle règle, par rapport à un certain problème, est spéciale, plusieurs facteurs doivent être pesés. Lorsque les conséquences juridiques prévues par deux normes pour une même situation s'excluent mutuellement, la spécialité au sens de la logique implique que la norme dont l'application se rattache à certains faits doit céder devant la norme qui se rattache aux mêmes faits ainsi qu'à un fait supplémentaire. La norme dont le domaine d'application entre complètement dans celui d'une autre norme doit prévaloir, car autrement elle ne s'appliquerait jamais³⁸. C'est la norme dont le domaine d'application matériel et/ou personnel est plus précis ou plus réduit qui prévaut³⁹. Cette spécialité logique ne peut toutefois pas indiquer la solution lorsque les deux normes sont compatibles, l'une précisant ou modifiant simplement l'autre ou y rajoutant une conséquence supplémentaire⁴⁰. Le critère de la précision fait également prévaloir la norme qui traite explicitement d'un problème sur celle qui le traite implicitement⁴¹, celle qui donne davantage de détails sur celle qui en donne moins⁴² ou celle qui est plus restric-

³⁴ KOSKENNIEMI [note 21], § 25.

³⁵ *Ibid.*, § 112; KRIEGER [note 31], pp. 269 et 271; Rapport de la CDI [note 21], § 304. Contrairement à LINDROOS [note 27], p. 42, qui écrit que la maxime ne permet pas de trancher entre deux règles spéciales, il nous semble qu'entre deux règles qui sont en soi spéciales, appartenant à différentes branches, la maxime permet de déterminer laquelle est spéciale par rapport à une question donnée.

³⁶ LINDROOS [note 27], p. 42.

³⁷ Voir *infra* note 83 et 84 et texte accompagnant.

³⁸ Karl LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6^e éd., Berlin, Springer Verlag, 1991, pp. 267-268.

³⁹ BOBBIO [note 23], p. 244.

⁴⁰ LARENZ [note 38], pp. 267-268.

⁴¹ C'est ainsi que la Cour permanente de justice internationale appliqua concernant sa compétence le Protocole qui mentionnait expressément les concessions plutôt que le traité qui les couvrait implicitement: C.P.J.I., *affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine* (1924), série A, n° 2, p. 31.

⁴² Voir pour des exemples Seyed Ali SADAT-AKHA, *Methods of Resolving Conflicts Between Treaties*, Leyden, Nijhoff, 2003, p. 124.

tive sur celle qui couvre entièrement le même problème, mais qui est moins exigeante⁴³.

Un facteur moins formel, mais également moins objectif, qui permet de déterminer laquelle de deux règles s'applique à une situation couverte par les deux, mais indiquant des solutions divergentes, est la conformité de la solution aux objectifs systémiques du droit⁴⁴. Qualifier cette solution de « *lex specialis* » constitue peut-être un abus de langage. L'unité systémique du droit international est un postulat normatif qui ne peut pas être entièrement déduit de la logique, mais se fonde également sur des jugements de valeur⁴⁵. Certains estiment qu'en réalité le décideur détermine d'abord la règle qui lui paraît plus juste et la qualifie ensuite de *lex specialis*⁴⁶. Cette expression établit plutôt une présomption en faveur de la règle spéciale. Cette présomption indique que la règle spéciale mène à une solution plus juste⁴⁷. ENGISCH se réfère à une « validité conditionnelle »⁴⁸. En particulier lorsque les critères formels n'indiquent pas un résultat clair, ce critère téléologique doit faire partie de la pensée, bien qu'il donne plus facilement accès aux préférences personnelles⁴⁹.

Lorsque certaines branches spéciales du droit international poursuivent des objectifs différents – comme une règle du droit international de l'environnement et une règle des droits humains – et se contredisent par rapport à un certain problème, il est difficile de déterminer quelle solution est plus proche des buts systémiques du droit international du moment où les deux règles, qui représentent des valeurs importantes pour le droit international, sont cependant antinomiques en l'occurrence⁵⁰. La relation entre DIH et droits humains est différente. Les deux visent la protection de l'individu. Dans les deux, cette protection peut être limitée en faveur d'intérêts d'autres individus, de la société ou de l'Etat. En DIH, l'un des facteurs à mettre dans la balance est toutefois mieux identifié et il est unique : la nécessité militaire, intérêt qui fait référence aux exceptions à l'interdiction de l'usage de la force, en particulier à la légitime défense et au maintien ou au rétablissement de la paix, qui constituent un autre but systémique important du droit international. Lorsqu'il s'agit de déterminer si un droit de l'individu doit être limité, même en

⁴³ Voir p. ex. la Cour européenne des droits de l'homme concernant la relation entre les articles 13 et 5(4) de la Convention européenne, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 mai 1993, CEDH (série A) n° 258, p. 57, § 76.

⁴⁴ KOSKENNIEMI [note 21], § 107.

⁴⁵ KRIEGER [note 31], p. 280.

⁴⁶ SCHWARZENBERGER [note 27], p. 474 ; SIMMA / PULKOWSKI [note 24], p. 490.

⁴⁷ BOBBIO [note 23], p. 244.

⁴⁸ Karl ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, C. Winter, 1935, p. 47.

⁴⁹ BOBBIO [note 23], pp. 240-241. Voir aussi JENKS [note 25], p. 450.

⁵⁰ BOBBIO [note 23], p. 240 ; LINDROOS [note 27], p. 66.

temps de guerre, pour des motifs liés à la protection d'autres individus ou de la société, les droits humains indiquent les buts systémiques. Quand il s'agit, en revanche, de savoir comment les droits de l'individu doivent être pesés contre les exigences du *jus ad bellum*, de la légitime défense ou du maintien de la paix, le DIH indiquera les buts systémiques de l'ordre juridique international.

A notre avis, plus le critère formel mène à une conclusion claire par rapport à un certain problème, moins nécessaire devient le besoin de rechercher le but systémique. A l'inverse aussi, plus clairement apparaît ce but, plus facilement peut-on s'affranchir du résultat indiqué par le critère formel.

Une fois la *lex specialis* déterminée, encore faut-il savoir ce qu'elle implique. Bien qu'il soit souvent affirmé que la relation entre la maxime de la *lex specialis* et celle de la *lex posterior* soit controversée⁵¹, il nous semble que la maxime de la *lex specialis* perdrait largement son sens en dehors d'une règle d'interprétation de dispositions contenues dans le même traité si la *lex specialis* clairement déterminée, compte tenu du critère formel et du critère systémique, ne prévalait pas sur une *lex generalis* postérieure. Quoi qu'il en soit, la *lex posterior* est difficile à déterminer dans le cas de traités multilatéraux « continus » ou « vivants », comme ceux du DIH et des droits humains, auxquels des Etats adhèrent continuellement, et qui sont régulièrement réaffirmés et développés⁵². La difficulté devient plus marquée avec les deux branches qui connaissent des règles coutumières se développant à la suite des règles conventionnelles. La *lex specialis* doit donc par définition prévaloir sur la *lex generalis* tout au moins lorsque celle-ci n'appartient pas au *jus cogens*. Dans ce dernier cas – en cas de *jus cogens* – le critère systémique serait si prépondérant que la règle impérative devrait être qualifiée de *lex specialis* même en l'absence d'une hiérarchie. La *lex generalis* reste toutefois à l'arrière-fond. Il faut en tenir compte pour interpréter la *lex specialis*⁵³ ; il faut dans toute la mesure du possible éviter une interprétation de la *lex specialis* qui crée un conflit avec la *lex generalis*, mais tâcher plutôt d'harmoniser les deux normes⁵⁴.

Dans notre exposé et dans la doctrine, la maxime semble implicitement se référer à des antinomies entre règles conventionnelles. A notre avis, les mêmes considérations doivent s'appliquer aux relations entre une règle coutumière et une règle conventionnelle – et par la nature des choses ce sera souvent cette dernière qui constituera la *lex specialis*. Se pose en revanche

⁵¹ PAUWELYN [note 21], p. 408 ; LINDROOS [note 27], p. 41.

⁵² PAUWELYN [note 21], pp. 406-409.

⁵³ La *lex generalis* fait partie des autres règles du droit international auxquelles se réfère l'art. 31(3)(c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, RS 0.111.

⁵⁴ Voir KOSKENNIEMI [note 21], §§ 31 et 37 et Rapport de la CDI [note 21], §§ 308 et 311.

la question de savoir si la maxime s'applique aussi à la relation entre deux règles coutumières. Théoriquement ce n'est pas le cas, tout au moins si on adopte une conception traditionnelle de droit coutumier. La règle coutumière applicable à un certain problème découle de la pratique et de l'*opinio iuris* des États par rapport à ce problème. Par rapport au même problème, il ne peut pas y avoir une coutume « droits humains » et une coutume « droit humanitaire ». On s'oriente toujours vers la pratique et l'*opinio iuris* manifestées par rapport à des problèmes aussi similaires que possible à celui qu'on doit résoudre. Cela semble également être l'approche du CICR, qui se réfère dans son étude sur le DIH coutumier à un vaste éventail de pratique en matière de droits humains, y compris en dehors de conflits armés⁵⁵. En pratique, toutefois, lorsque nous cherchons une règle coutumière, nous nous référons généralement à un texte, appartenant soit à un traité, soit à un autre instrument codifiant le droit coutumier ou qui a provoqué le développement d'une règle coutumière⁵⁶, ou alors à un texte de doctrine. Or, un problème déterminé peut être couvert par deux textes antinomiques, les deux déduits de la pratique des États, mais chacun de ces textes généralisant la pratique par rapport à un critère différent. Le choix entre ces deux règles est à notre avis gouverné par les mêmes maximes que le choix entre deux règles conventionnelles. Si la pratique des États sur la question précise de savoir laquelle des deux règles prévaut dans la situation donnée est suffisamment dense, la règle coutumière en résultant constitue évidemment la *lex specialis*. Sinon, on doit rechercher par les méthodes habituelles laquelle des deux règles découlant de la pratique analysée dans différentes perspectives constitue la *lex specialis*.

IV. Interaction possible entre droit international humanitaire et droits humains

La CIJ distingue trois situations : « 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 »⁵⁷. Nous proposons ci-après six relations possibles avec des exemples, tout en admettant que le passage entre deux catégories voisines se fait graduellement.

⁵⁵ HENCKAERTS / DOSWALD-BECK [note 15], vol. I, pp. 299-383.

⁵⁶ Marco SASSÒLI, Bedeutung einer Kodifikation für das allgemeine Völkerrecht – mit besonderer Betrachtung der Regeln zum Schutze der Zivilbevölkerung vor den Auswirkungen von Feindseligkeiten, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1990.

⁵⁷ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur* [note 2], § 106.

A. Le droit international humanitaire régit une question non régie par les droits humains

Le DIH contient tout d'abord certaines règles vitales pour la protection des victimes des conflits armés qui ne peuvent pas, même implicitement, être déduites des droits humains. C'est ainsi lorsqu'il prévoit qui a le droit de participer directement aux hostilités⁵⁸ ou qui a le droit d'arborer l'emblème de la croix rouge ou du croissant rouge⁵⁹. Il nous semble qu'il faudrait avoir beaucoup de fantaisie pour déduire du droit à la vie et à l'intégrité physique des civils ou des combattants un droit à ce que seules certaines personnes, qui se distinguent de la population civile, commettent des actes d'hostilité. De même, il serait très recherché de vouloir déduire du droit à l'intégrité physique et à la santé des blessés que seules certaines personnes s'identifient face à l'ennemi comme ayant pour tâche de soigner les blessés. Ces questions sont donc exclusivement régies par le DIH.

B. Le droit international humanitaire prévaut sur une règle des droits humains

La Convention III implique que des membres des forces armées ennemies peuvent être internés en tant que prisonniers de guerre pour la simple raison qu'ils sont des combattants et sans aucune décision individuelle, judiciaire ou administrative. Cela justifie une privation de liberté prévalant sur la règle des droits humains et du droit national qui exige une décision judiciaire ou, de façon indérogeable, une possibilité de recours à un organe judiciaire contre toute détention⁶⁰. Notons que même dans ce cas incontesté, la *lex specialis* ne résulte pas d'une opération purement formelle. En effet, le texte de la Convention III n'exclut pas un recours judiciaire. Il prévoit simplement que les prisonniers de guerre peuvent être internés⁶¹, sans rien préciser sur la procédure. En vertu du texte on pourrait donc également croire que les droits humains sont plus précis. Ce n'est que le contexte systémique qui mène clairement à la conclusion que le DIH prévaut. En effet, le prisonnier de guerre n'est pas interné en relation avec sa personne, mais simplement en raison de son appartenance aux forces armées ennemies, pour empêcher sa participation directe aux hostilités. Lorsqu'il n'est pas controversé que l'in-

⁵⁸ Voir art. 44 (1)-(3) du Protocole I.

⁵⁹ Voir art. 39-43 de la Convention I, art. 41-43 de la Convention II, art. 18 du Protocole I et art. 12 du Protocole II.

⁶⁰ Voir Observation générale No. 29 du Comité des droits de l'homme, du 24 juillet 2001, concernant l'art. 4 du Pacte, § 16.

⁶¹ Convention III, art. 21.

dividu appartient aux forces armées, un recours n'aurait donc aucun sens, car aucun élément individuel n'y aurait une importance quelconque. C'est probablement parce qu'elle a donné la priorité à cette *lex specialis*, qui était respectée, que la Commission européenne des droits de l'homme n'a pas estimé nécessaire d'analyser si la détention de prisonniers de guerre chypriotes par la Turquie constituait une violation de l'art. 5 de la Convention européenne⁶². Cette disposition n'énumère pourtant aucune circonstance justifiant une détention, qui pourrait être interprétée comme renvoyant au DIH.

A notre avis, cette *lex specialis* justifiant une détention sans contrôle judiciaire ne peut toutefois pas être appliquée par analogie à d'autres cas de détention de personnes qui ne sont pas des prisonniers de guerre et qui ne bénéficient donc ni de mécanismes de supervision plus appropriés aux spécificités d'un conflit armé (p. ex. les visites du CICR), ni d'un statut entraînant un régime et un traitement détaillés. C'est ainsi que les « combattants ennemis » détenus par les Etats-Unis à Guantánamo devraient bénéficier d'un recours à un organe judiciaire, vu qu'ils ne sont pas des prisonniers de guerre. Contrairement à ce que soutient l'administration américaine, ils ne peuvent pas être détenus par analogie à ce qui est admissible pour les prisonniers de guerre (et sous réserve des règles sur les internés civils, au cas où ils tombent sous la Convention IV et bénéficient effectivement des garanties qui y sont prévues)⁶³. En bonne logique, la même chose doit valoir pour des rebelles détenus dans le cadre d'un conflit armé non international. Vu qu'ils ne sont pas des prisonniers de guerre et que le DIH des conflits armés non internationaux ne règle pas les raisons admissibles d'une détention, ces rebelles doivent bénéficier d'un recours à un organe judiciaire, tel que prévu par les droits humains.

Un autre exemple de domaine dans lequel le DIH prévaut concerne les obligations d'une puissance occupante. L'un des rares exemples d'une véritable contradiction entre les droits humains, tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme et le DIH concerne la juridiction des tribunaux militaires dans un territoire occupé. La Cour a condamné la Turquie pour le fait que des Chypriotes turcs civils puissent être jugés, dans la partie Nord de Chypre occupée par la Turquie, devant des tribunaux *militaires* de la « République turque de Chypre du Nord » (RTCN)⁶⁴ (dont les pratiques étaient attribuables à la Turquie). Cela correspond à la pratique générale de la Cour⁶⁵. Selon l'article 66 de la Convention IV, toutefois, un occupant peut

⁶² Rapport de la Commission dans l'affaire *Chypre c. Turquie* du 10 juillet 1976, in : European Human Rights Reports Vol. 4, pp. 532-533, § 313.

⁶³ Voir Marco SASSOLI, *Use and Abuse of the Laws of War in the "War on Terrorism"*, in : *Law and Inequality, A Journal of Theory and Practice* 22 (2004), pp. 206-210 et pp. 217-219.

⁶⁴ *Chypre c. Turquie* [note 4], §§ 354-359.

⁶⁵ CourEDH, arrêt du 9 juin 1998, *Incal c. Turquie*, Recueil 1998-IV, p. 1572-1573, §§ 70-72.

juger des personnes protégées (catégorie qui couvre les Chypriotes turcs tout comme les Chypriotes grecs) pour des infractions à la législation en matière de sécurité, mais *uniquement* devant « ses tribunaux militaires, non politiques et régulièrement constitués ». Si la Cour avait appliqué le DIH, elle aurait dû autoriser le jugement de civils devant des tribunaux militaires de l'occupant en vertu de la *lex specialis* que constitue en l'occurrence le DIH. Ou devrait-on plutôt considérer que la règle du DIH datant de 1949 est dépassée, en Europe tout au moins, par le développement des droits humains depuis lors ? Une telle conclusion révolutionnerait toutefois le droit de l'occupation militaire, car celui-ci n'autorise qu'une présence *militaire* de l'occupant et désigne le commandant *militaire* comme législateur. L'établissement de tribunaux civils par l'occupant équivaldrait presque inévitablement à une annexion. Les buts systémiques du droit international mènent donc, à notre avis, à la conclusion que la règle du DIH prévaut sur ce point⁶⁶.

Un dernier exemple concerne les obligations positives découlant des droits humains, en matière de droits civils, mais encore davantage en matière de droits économiques, sociaux et culturels. Ces obligations sont limitées, pour une puissance occupante, en raison de son pouvoir de légiférer fortement réduit en vertu du DIH, droit qui doit être qualifié de *lex specialis* à cet égard⁶⁷. La CIJ décide donc à juste titre qu'en tant que puissance occupante, « [d]ans l'exercice des compétences dont il dispose à ce titre, Israël est tenu par les dispositions du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels »⁶⁸. Tout cela ne signifie évidemment nullement que les droits humains ne s'appliquent pas dans un territoire occupé partout où la *lex specialis* que constitue le DIH ne les contredit pas.

C. Le droit international humanitaire précise les droits humains

A de multiples égards, le DIH précise des droits humains. Il les traduit en règles de comportement pour les belligérants, tout en tenant compte de la

⁶⁶ Notons que, si on s'en tient strictement aux faits de la cause, la conclusion de la Cour ne contredit pas nécessairement la réglementation du DIH. Il n'est pas certain qu'elle aurait également considéré des tribunaux militaires *turcs* jugeant des civils locaux comme violent par définition l'art. 6 de la Convention. En l'occurrence les tribunaux militaires étaient ceux de la RTCN. Même si on attribue à la Turquie le comportement de la RTCN à des fins de responsabilité, on ne peut pas considérer les tribunaux militaires de cette dernière comme des tribunaux militaires de l'occupant au sens de la règle du DIH. A notre avis, un occupant ne peut pas instituer des tribunaux militaires locaux.

⁶⁷ Ainsi pour les droits civils, KRIEGER [note 31], p. 283, et pour les droits économiques, sociaux et culturels, Marco SASSÒLI, Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers, in : European Journal of International Law 16 (2005), pp. 676 et 677.

⁶⁸ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur* [note 2], § 112 (c'est nous qui soulignons).

spécificité des conflits armés et en y intégrant de manière détaillée les limitations. A certains égards il indique les dérogations admissibles en raison de la situation de conflit armé, qui seraient à préciser par la jurisprudence, si le DIH n'existait pas. Dans ce sens, la Convention III, par exemple, est une *lex specialis* par rapport aux droits humains en ce qui concerne la liberté personnelle des prisonniers de guerre, leur droit à être traités humainement, leur droit au respect de la vie familiale et privée, leur droit au travail ou leur droit à la santé.

Le Pacte international des droits civils et politiques et la Convention américaine interdisent une détention arbitraire et le Pacte une privation arbitraire de la vie. Le DIH précise de façon distincte, pour chaque catégorie de personnes, ce qui est arbitraire⁶⁹, mais uniquement lorsqu'il contient effectivement des règles sur la question déterminée. C'est le cas par rapport aux attaques contre des combattants, aux pertes civiles incidentes, à l'admissibilité de détenir un prisonnier de guerre ou un interné civil. Mais ce n'est pas le cas, nous le verrons, pour la privation de la vie dans une opération de police dirigée contre des civils (p. ex. dans un territoire occupé) ou, nous venons de le voir, pour les raisons justifiant la détention d'une personne dans un conflit armé non international.

En outre, en droits humains, la légitimité d'une attaque dépend également de la nécessité et de la proportionnalité de cette attaque par rapport au but légitime poursuivi. Rien n'indique que cette évaluation doive se faire seulement par rapport à l'objectif en *jus in bello* et non pas également par rapport à la légitimité d'avoir déclenché le conflit en *jus ad bellum*. Sur ce point, le DIH est toutefois explicite et incontesté : le *jus in bello* doit être distingué et absolument séparé du *jus ad bellum* et aucun élément de *jus ad bellum* ne peut intervenir dans l'application ou l'interprétation du *jus in bello*⁷⁰. Sur ce point, le DIH précise donc, en tant que *lex specialis* qui s'occupe des conflits armés, les droits humains.

D. Le droit international humanitaire est précisé ou interprété par les droits humains

Nous avons vu qu'une *lex specialis* doit être interprétée à la lumière de la *lex generalis*. De même, la *lex specialis* peut préciser la *lex generalis*. La branche qui constitue généralement la *lex specialis* par rapport à une autre peut être la *lex generalis* par rapport à un certain problème, réglé plus spécifiquement par l'autre branche. Ainsi, le DIH prescrit, avec une densité normative variable,

⁶⁹ Voir Coard [note 17], § 42, KOSKENNIEMI [note 21], §§ 96 et 104 ; PAUWELYN [note 21], p. 410.

⁷⁰ Voir note 11.

des garanties judiciaires au bénéfice des prisonniers de guerre, de civils protégés poursuivis par une puissance occupante et de toutes les personnes poursuivies pour des infractions pénales en relation avec un conflit armé non international. L'article 3 commun aux Conventions exige simplement un «jugement [...] assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés». Les droits humains précisent, en tant que *lex specialis*, quelles sont ces garanties. Même le CICR donne cet exemple pour affirmer que : «international humanitarian law contains concepts the interpretation of which needs to include a reference to human rights law»⁷¹. Même là où les garanties judiciaires du DIH sont beaucoup plus précises, par exemple lorsque l'article 105 de la Convention III exige que «[l]e prisonnier de guerre prévenu recevra, assez tôt avant l'ouverture des débats, communication [...] de l'acte d'accusation», il faut recourir à la jurisprudence des organes de protection des droits de l'homme pour savoir quels détails doivent être contenus dans cet acte et à quelles conditions il peut être modifié⁷². Vu qu'elles sont indérogeables en DIH, il faut à mon avis se référer non seulement au noyau indérogeable de ces garanties en droits humains mais à leur entièreté.

De manière similaire, les droits humains et la jurisprudence contiennent beaucoup d'éléments permettant de préciser la déontologie médicale à laquelle se réfère le DIH⁷³ ou la notion de traitement inhumain qui sont précisées par une riche jurisprudence des organes de mise en œuvre du droit international des droits humains⁷⁴. Vu que l'interdiction d'un traitement inhumain est absolue dans les deux branches, rien ne s'oppose à appliquer cette jurisprudence aux deux. La notion de torture a dû, en revanche, être interprétée différemment en DIH qu'en droits humains, vu que ces derniers s'adressent traditionnellement uniquement à l'Etat, tandis que le DIH s'adresse également à des groupes armés et à des individus par rapport à des actes liés à un conflit armé. Il était logique de renoncer, pour le DIH, à la condition de la présence d'un agent de l'Etat ou d'une autre personne investie d'une autorité⁷⁵.

⁷¹ HENCKAERTS / DOSWALD-BECK [note 15], vol. I, p. xxxi.

⁷² Comité des droits de l'Homme, 25 mars 1983, *D. Monguya Mbengue c. Zaïre*, n° 16/1977, p. 80 ; Commission européenne des droits de l'homme, affaire *Chichlian et Ekindjian c. France* (rapport du 16 mars 1989) (affaire terminée par un règlement amiable et donc arrêt de radiation du rôle le 29 novembre 1989) ; Renée KOERING-JOULIN, La chambre criminelle et les droits reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme à l'« accusé » avant le jugement, in : Mélanges offerts à Georges Lavasseur, Droit pénal, droit européen, Paris, Gazette du Palais, Litec, 1992, pp. 214-215 ; Dominique PONCET, La protection de l'accusé par la Convention européenne des droits de l'homme, Etudes de droit comparé, Mémoires publiés par la faculté de droit de Genève, Genève, Georg, Librairie de l'Université, 1977, pp. 136-137.

⁷³ Voir, p. ex., art. 16 du Protocole I et 10 du Protocole II.

⁷⁴ KRIEGER [note 31], p. 275.

⁷⁵ TPIY, *Le Procureur c. Kunarac*, Affaire n° IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Jugement, 22 février 2001, § 496.

Il reste toutefois difficile à déterminer si l'on peut appliquer sans autres précautions la jurisprudence des organes de mise en œuvre des droits humains, même si celle-ci a été rendue en dehors de conflits armés. Pour identifier le contenu des garanties fondamentales en faveur de personnes qui se trouvent au pouvoir de l'ennemi, le CICR se réfère, dans son étude du DIH coutumier, très souvent à la jurisprudence des organes de mise en œuvre des droits humains. Il se justifie en expliquant : « this was done, not for the purpose of providing an assessment of customary human rights law but in order to support, strengthen and clarify analogous principles of humanitarian law »⁷⁶. En particulier pour les conflits armés non internationaux, les règles conventionnelles ne sont souvent pas plus précises que les règles coutumières identifiées par le CICR. Dans ces cas, mais uniquement dans ces cas, un recours aux droits humains est donc justifié. Lorsqu'on se réfère à la jurisprudence en matière de droits humains, il faut toutefois tenir compte du fait que les limitations qu'ils prévoient permettent souvent d'adapter le contenu de l'obligation au contexte. Une jurisprudence déterminant la longueur maximale d'une détention avant d'avoir accès à un juge en temps de paix ne peut par exemple pas être appliquée à une situation chaotique de conflit armé. Les organes de mise en œuvre des droits humains adaptent eux-mêmes leurs exigences à la situation⁷⁷.

Une interprétation du DIH à la lumière des droits humains présuppose toujours de vérifier si la règle des droits humains est effectivement applicable dans la situation couverte par le DIH, compte tenu des limitations et des dérogations admissibles selon les droits humains⁷⁸. A mon avis, il serait dans ce contexte trop formaliste de tenir compte uniquement des dérogations effectivement déclarées par l'Etat en question. Il faut plutôt analyser quelles dérogations auraient été proportionnelles et nécessaires. En effet, l'Etat concerné pourrait par hypothèse avoir renoncé à une dérogation parce qu'il ne la considérerait pas comme nécessaire, la question étant régie par le DIH à titre de *lex specialis*.

Il faut en outre admettre un inconvénient lié à un tel recours, pour préciser ou interpréter le DIH, aux instruments des droits humains, inconvénient qui s'avère plus prononcé lorsqu'il s'agit de recourir à la jurisprudence de leurs organes de mise en œuvre. Les principes de l'universalité du DIH et de l'égalité des belligérants devant le DIH⁷⁹ sont abandonnés. Un Etat européen engagé dans un conflit armé contre un Etat asiatique devrait ainsi interpréter les garanties judiciaires prévues par le DIH dans le sens de la jurisprudence

⁷⁶ HENCKAERTS / DOSWALD-BECK [note 15], vol. I, p. 299.

⁷⁷ KRIEGER [note 31], p. 285.

⁷⁸ KRIEGER [note 31], pp. 279 et 281.

⁷⁹ Voir note 11.

sophistiquée de la Cour européenne des droits de l'homme, tandis que son ennemi ne serait pas lié par ces précisions.

E. Le droit international humanitaire a été révisé par les droits humains

Le développement du droit international des droits humains est largement postérieur aux Conventions de Genève de 1949. On ne peut donc pas exclure que certains droits humains prévalent sur certaines règles de comportement interétatiques adoptées en 1949⁸⁰. Ainsi l'art. 118 de la Convention III prescrit que les prisonniers de guerre doivent être rapatriés sans délai à la fin des hostilités actives. Les travaux préparatoires et une interprétation systématique indiquent que cette obligation ne peut pas dépendre de la volonté du prisonnier d'être rapatrié⁸¹. Entre-temps, le principe de non refoulement est toutefois reconnu comme règle du *jus cogens*⁸², et doit prévaloir en tant que *lex superior* sur l'obligation de rapatrier du DIH, qui est interétatique et n'appartient pas, contrairement à bien d'autres règles du DIH, au *jus cogens*. Même au-delà de ce cas clair lié à la hiérarchie des normes, il est probable que certaines règles du DIH ne sont plus compatibles avec les conceptions actuelles en matière de droits humains, sans que les spécificités des conflits armés ne l'imposent. On peut ainsi se demander si l'exigence d'une révision semestrielle d'une décision d'interner un civil pour des impérieuses raisons de sécurité⁸³ n'est pas simplement dépassée en faveur d'une exigence de permettre une révision à des intervalles beaucoup plus courts, découlant de la liberté personnelle. Certains iraient même un pas plus loin et exigeraient, en conformité avec les droits humains, un contrôle judiciaire et non pas simplement, comme le prévoit le DIH, le contrôle d'un organisme administratif compétent⁸⁴.

⁸⁰ Même le CICR admet que : "Since the adoption of the Geneva Convention there has been a significant development in international human rights law relating to the procedures required to prevent arbitrary deprivation of liberty" (HENCKAERTS / DOSWALD-BECK [note 15], vol. I, p. 349). L'une des auteurs de l'étude du CICR est plus claire en affirmant que : "international humanitarian law rules, although very advanced by 1949 standards, have now fallen behind the protections provided by HR treaties" (Louise DOSWALD-BECK, Human Rights and Humanitarian Law: Are there some Individuals Bereft of All Legal Protection?, in : American Society of International Law Proceedings 98 (2004), p. 356).

⁸¹ Voir Marco SASSÒLI, The Status, Treatment and Repatriation of Deserters under International Humanitarian Law, in : International Institute of Humanitarian Law Yearbook 1985, pp. 31-35.

⁸² Voir p. ex. ATF 108 Ib 411 et 109 Ib 72.

⁸³ Voir art. 43 et 78 de la Convention IV.

⁸⁴ *Id.* Voir aussi note 60.

F. Les droits humains régissent, dans un conflit armé, des questions non régies par le droit international humanitaire

Là où la *lex specialis* ne contient pas de règle par rapport à un problème déterminé, il faut évidemment se référer à la *lex generalis*⁸⁵. Le DIH ne contient, même pour des personnes qu'il protège contre l'ennemi – par exemple en cas d'occupation militaire ou de conflit armé non international – aucune règle protégeant certains droits de ces personnes. On citera, la liberté d'expression ou les droits politiques ou syndicaux. Nous ne croyons pas qu'il s'agit là d'un silence qualifié, de telle sorte que la *lex specialis* supprimerait dans de telles situations ces droits entièrement et automatiquement. Il s'agit plutôt de problèmes qui restent exclusivement régis par les droits humains. Les droits concernés ne peuvent être abrogés ou limités que selon les règles des droits humains sur la base des limites de chaque droit ou sur la base des dérogations en cas d'état d'exception. Ces dérogations doivent être nécessaires et proportionnelles. Cette applicabilité exclusive des droits humains, avec une possible limitation due aux dérogations, nous paraît encore plus évidente concernant les raisons pouvant justifier la privation de liberté à l'encontre de certaines catégories de victimes de la guerre, à propos desquelles le DIH ne contient pas de règles sur la justification de les priver de leur liberté et sur la procédure qui s'applique en la matière. Nous avons vu que de telles règles existent à propos des prisonniers de guerre, des internés civils et de tous les civils protégés dans un territoire occupé. En revanche, le DIH des conflits armés non internationaux contient des règles sur le traitement de toutes les personnes arrêtées en relation avec le conflit et sur les garanties judiciaires dont ces personnes doivent bénéficier en cas de poursuites pénales⁸⁶. Il est cependant muet sur les raisons (autres qu'une poursuite pénale) qui justifient une privation de liberté et sur les recours qui existent contre une telle décision. Sur ces points, il faut appliquer les droits humains, dont certains peuvent certes faire l'objet de dérogations, mais d'autres, comme l'exigence d'une possibilité de recours à un organe judiciaire contre toute détention, sont indérogeables⁸⁷. De même, la Convention IV ne contient aucune garantie judiciaire en faveur d'un civil ennemi poursuivi sur le territoire d'un belligérant selon la législation de ce dernier⁸⁸. Ici aussi, les droits humains doivent combler la lacune.

⁸⁵ Voir l'affaire Mavrommatis [note 41], p. 31; LINDROOS [note 27], p.56; Charles ROUSSEAU, De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international, in: Revue générale de droit international public 39 (1932), p. 177.

⁸⁶ Voir art. 5 et 6 du Protocole II.

⁸⁷ Voir note 60.

⁸⁸ Voir art. 37 et 38 de la Convention IV.

Un autre domaine sur lequel le DIH ne contient pas de règles est celui de l'usage de la force contre des civils qui ne participent pas directement aux hostilités. L'art. 27 de la Convention IV exige simplement qu'ils soient « respectés » et le DIH des conflits internationaux et non internationaux interdit de les « attaquer »⁸⁹. Qu'est-ce que cela signifie par rapport à des civils qui commettent des crimes ou troublent l'ordre public ? Sur ce point, il est crucial de distinguer opérations militaires et opérations de police. La conduite des hostilités, dirigées contre des membres de groupes ou forces armés (ou contre des civils qui participent directement aux hostilités), est régie par le DIH.

En revanche, même dans un conflit armé, l'ordre public est rétabli par des opérations de police, dirigées contre des civils (suspects de crimes ou menaçant l'ordre public). Ces opérations sont régies par le droit interne et les droits humains. Tandis que des opérations militaires visent à affaiblir le potentiel militaire ennemi, des opérations de police, quant à elles, mettent en œuvre la loi ou rétablissent l'ordre public. Ces dernières sont soumises à davantage de restrictions. La force ne doit, par exemple, y être utilisée qu'en dernier ressort et uniquement lorsque des moyens non-violents n'ont pas abouti. L'usage des armes à feu y est une mesure extrême⁹⁰, tandis que dans la conduite des hostilités, cet usage est normal à l'égard des combattants. Dans les opérations de police, des mesures de précaution visant à éviter ou minimiser les risques pour la vie humaine ne doivent pas seulement être prises au bénéfice de tiers (« civils » dans la terminologie du DIH), mais également au bénéfice de la personne qui est la cible de l'attaque⁹¹. Le principe de la proportionnalité, applicable en DIH et en droits humains, a donc un contenu différent dans les deux branches⁹². Par rapport aux opérations militaires, c'est la compréhension du DIH qui constitue la *lex specialis*. Par rapport aux opérations de police c'est celle des droits humains qui l'est. Il est évident que cette distinction entre des opérations de police et des opérations militaires est particulièrement difficile à mettre en œuvre dans des conflits armés non internationaux (ou face à une résistance dans un territoire occupé⁹³). Il est néanmoins essentiel d'appliquer à l'usage de la force dans des opérations de police uniquement la *lex specialis* des règles des droits humains – qui sont par ailleurs indérogeables parce qu'elles protègent le droit à la vie – et non pas le DIH qui ne contient pas de règles sur ce point, mais uniquement sur la question distincte de la conduite

⁸⁹ Voir art. 51(2) du Protocole I et art. 13(2) du Protocole II.

⁹⁰ Voir art. 9 des Principes de base 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 qui s'est tenu à La Havane (Cuba) du 27 août au 7 septembre 1990, Doc. ONU A/CONF.144/28/Rev.1.

⁹¹ Voir *ibid.*, art. 4 et 5.

⁹² KRIEGER [note 31], pp. 280-281.

⁹³ Voir à cet égard SASSÒLI [note 67], pp. 665-666.

des hostilités. La même chose vaut pour l'usage d'armes à feu contre des internés civils qui essaieraient de s'échapper, question non réglée par le DIH – contrairement à la même question concernant les prisonniers de guerre qui, elle, est réglée par la Convention III en conformité avec la règle des droits humains⁹⁴.

V. Conclusion

La maxime *lex specialis derogati legi generali* n'est pas une solution miracle, ni pour les antinomies en droit international en général, ni pour résoudre celles qui existent entre DIH et droits humains. Ces deux branches – DIH et droits humains – sont dans la plupart des cas compatibles. Là où elles indiquent, par rapport à un problème qui se pose dans un conflit armé, des solutions allant dans des directions différentes, on ne peut pas affirmer que le DIH constitue toujours la *lex specialis*. Tout dépend non seulement des deux règles concurrentes, mais également du problème à résoudre. D'un point de vue purement formel déjà, c'est parfois la règle du DIH, des fois celle des droits humains qui est plus précise, plus détaillée par rapport à la situation donnée, qui se rattache à des faits supplémentaires qui y apparaissent. Mais ce critère formel ne peut malheureusement pas tout résoudre. Il est également nécessaire de tenir compte des buts systémiques du droit international dans son ensemble, ce qui ouvre la porte à des jugements de valeur, subjectifs. Pour déterminer véritablement quelle doit être l'influence de chaque branche dans la résolution des problèmes humanitaires qui se posent dans les conflits armés, des formules abstraites ne sont que d'une utilité limitée. Au-delà, il faudrait écrire un traité du DIH à la lumière des droits humains et un traité des droits humains applicables dans les conflits armés à la lumière du DIH, en espérant qu'ils mènent à des conclusions identiques. Mais l'exercice reste à faire. Pour l'Europe, nous espérons que le juge MALINVERNI n'aura pas trop d'occasions d'y contribuer en étant à la Cour européenne des droits de l'homme – car de telles occasions présupposent l'existence de conflits armés en Europe. Pour le bénéfice du droit et vu que sa compétence territoriale s'étend de Lisbonne à Vladivostok, on peut toutefois s'attendre à ce qu'il soit confronté à certains problèmes régis par les deux branches, pour voir comment il les harmonisera – explicitement ou, conformément à la pratique actuelle de la Cour, implicitement.

⁹⁴ Convention III, art. 42.