

CONTENTIEUX IRAKIEN ET EXTRA-TERRITORIALITÉ : DE LA NÉCESSITÉ DE DÉPASSER *BANKOVIC* (1)

PAR

Céline ROMAINVILLE

*Aspirante F.N.R.S. auprès de l'Université catholique
de Louvain*

*«The Convention was not created because of
the humanity of Europe, but because of its
failures» (2).*

Résumé

Dans les affaires *Al Skeini*, les requérants irakiens, victimes des agissements de l'armée britannique, ont amené la *House of Lords* à se prononcer sur l'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux puissances occupantes en Irak. Les décisions des juges anglais illustrent la difficulté d'interpréter l'arrêt *Bankovic* de la Cour européenne des droits de l'homme et de cerner la portée de l'article 1^{er} de la Convention. Les affaires *Al Skeini* pourraient être l'occasion pour la Cour européenne des droits de l'homme de clarifier sa jurisprudence, voire de se prononcer en faveur d'une application extraterritoriale de la Convention basée sur l'«approche graduelle», proposée par les requérants dans *Bankovic*.

rtdh.eu

rtdh.eu

Les lignes qui suivent tendent à démontrer la nécessité d'une application extra-territoriale des traités protégeant les droits de l'homme. Cette démonstration sera appliquée au droit de la Convention européenne des droits de l'homme, lue de manière dynamique, en tenant compte des autres instruments de protection des droits de l'homme.

(1) L'auteur tient à remercier Maja K. Eriksson, professeur à l'Université d'Uppsala, et François Ballot, assistant en droit judiciaire à l'Université catholique de Louvain, pour leurs commentaires éclairants.

(2) *High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, Queen's Bench Division*, 14th december 2004, [2004] *EWHC* 2911 (Admin), Case CO/2242/2004, *The Queen on the Application of Mazin Jumaa Gatteh Al Skeini and others v. The secretary of State for Defence*, §279.



Les arguments étayant l'importance d'une application extra-territoriale des traités protégeant les droits de l'homme se fondent sur un contexte factuel de globalisation et de mondialisation, qui implique une augmentation significative des activités étatiques produisant des effets directs ou indirects par-delà les frontières de ces Etats. Un exemple très marquant de cette évolution est la guerre contre le terrorisme, au nom de laquelle des Etats interviennent et commettent des infractions au droit des droits de l'homme bien au-delà de leur territoire. Plus fondamentalement, la nécessité d'une application extra territoriale des traités protégeant les droits de l'homme est un corrolaire évident à certains principes juridiques tels que l'idée de responsabilité des Etats, les règles de la Convention de Vienne réglant l'interprétation des traités et la spécificité du droit des droits de l'homme. Combinés avec une analyse rigoureuse de la Convention européenne des droits de l'homme, ces principes comptent parmi les bases juridiques qui justifient une application extra-territoriale des traités relatifs aux droits de l'homme.

Certes, le droit international contient une série de règles applicables aux activités extra-territoriales des Etats, comme le droit humanitaire. Cependant, la reconnaissance de l'applicabilité extra-territoriale des traités protégeant les droits de l'homme reste éminemment décisive. En effet les traités relatifs aux droits de l'homme, la Convention européenne des droits de l'homme en particulier, offrent des garanties d'effectivité incontestables.

D'un point de vue théorique, la question des effets extra territoriaux de la Convention européenne des droits de l'homme pose cependant problème. Les difficultés rencontrées trouvent essentiellement leur source dans l'application de concepts de droit international public général, comme la notion de juridiction ou celle de territoire, au domaine spécifique du droit international des droits de l'homme.

Les jugements rendus par la House of Lords et les autres juridictions dans les affaires *Al Skeini* (3) ont impliqué un exercice

rt dh.eu

(3) *House of Lords*, 13 juin 2007, session 2006-2007 [2007] *UKHL* 26, ci après «*House of Lords*»; *Court of appeal*, 21 décembre 2005, [2005] *EWCA* Civ 1609, n° C1/2005/0461, C1/2005/0461B, *The Queen (on the application on Mazin Mumaa Galtheh Al Skeini and others v. The Secretary of State for Defence*, ci après «*Court of appeal*»; *High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court*, 14 december 2004, [2004] *EWHC* 2911 (Admin), *The Queen (on the application on Mazin Mumaa Galtheh Al Skeini and others v. The Secretary of State for Defence*, ci après «*Divisional Court*».

d'interprétation périlleux de la notion de juridiction dans le contexte irakien. Cet exercice a mis en relief les difficultés qu'implique, pour les juridictions nationales, l'interprétation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Les décisions des juges britanniques illustrent également les répercussions préjudiciables que peut causer une jurisprudence fondée sur des particularités d'espèce et motivée de manière péremptoire. Enfin, l'interprétation par les juges britanniques de deux textes protégeant les droits de l'homme – la Convention européenne des droits de l'homme et le *Human Rights Act* – cristallise les défis posés par le nouvel ordre mondial aux instruments de protection des droits humains.

Le présent article précise d'abord les circonstances des recours dans *Al Skeini* (I), avant d'analyser les conditions de l'application de la Convention à ces recours (II). Sont ensuite clarifiées les raisons et les implications de la prééminence donnée par les juges anglais à l'affaire *Bankovic* (III). Enfin l'interprétation de *Bankovic* par les cours anglaises est étudiée, ainsi que les décisions finales délivrées dans *Al Skeini* (IV).

I. – Les circonstances des recours dans *Al Skeini*

rtdh.eu

Les situations des requérants de *Al Skeini*, victimes des agissements de soldats britanniques en Irak, suscitèrent deux types de procédures. La Cour martiale a enquêté et a jugé certains des militaires impliqués dans *Al Skeini*. Ces jugements ne concernent que la responsabilité des militaires présents sur place par rapport aux Conventions de Genève et au droit militaire anglais. Les arrêts rendus dans *Al Skeini* par la Divisional Court, la Court of appeal et la Chambre des Lords traitent quant à eux de la responsabilité du Royaume-Uni à l'égard de violation des droits de l'homme commises par des soldats britanniques agissant en Irak, dans les provinces de *Al Basrah* et de *Maysan*.

1. – *Le droit applicable aux forces d'occupation en Irak*

Durant la période transitoire qui commença avec l'invasion de l'Irak et dura jusqu'au 28 juin 2004, le territoire irakien fut géré par les forces militaires américaines et britanniques, constituée en une «Coalition Provisional Authority» et le Sud de l'Irak, dont les



provinces de *Al Basrah* et de *Maysan*, fut placé aux mains du Royaume-Uni, la «CPA South» étant dévolue aux forces britanniques (4). Durant cette période, le Royaume-Uni constituait une puissance occupante au sens de la Convention de la Haye et des quatre Conventions de Genève (5). Le régime juridique applicable pendant l'occupation est très ambigu. Si l'applicabilité du corpus de droit humanitaire (6) aux territoires occupés n'est plus sérieusement contestée, les voies de recours des individus contre les puissances occupantes sur la base du droit international humanitaire s'avèrent périlleuses et peu concluantes (7). Par conséquent, les requérants dans *Al Skeini* se sont efforcés d'établir la responsabilité de l'Etat britannique au regard de la Convention, dont l'effectivité est assurée.

2. – *La situation des six requérants*

Les six requérants estiment que le sort tragique de leurs proches, tués par les forces britanniques lorsqu'elles avaient le statut de puissance occupante, constitue une violation de diverses dispositions de la Convention (8). Les cinq premières victimes ont été abattues sans raison apparente dans leur domicile ou dans la rue (9). Le

(4) H. TIGROUDJA, «Le régime d'occupation en Irak», *Annuaire français de droit international*, 2004, p. 80.

(5) La définition de l'occupation par une puissance belligérante figure à l'article 42 du Règlement de La Haye : «*Un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer*». Convention (IV) de la Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 18 octobre 1907. Une résolution des Nations Unies a précisé les obligations à charge des puissances occupantes : Résolution du Conseil Sécurité n° 1483 du 22 mai 2003.

(6) Ce corpus est aujourd'hui largement coutumier. Il est constitué des règles émanant du règlement de 1907, des 3^e et 4^e Conventions de Genève, du protocole additionnel de 1977, de la Convention de 1954 concernant la protection des biens culturels en cas de conflits armés, de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux, enrichi de normes particulières de protection des droits humains adoptées par les Etats concernés.

(7) H. TIGROUDJA, *op. cit.*, pp. 91-101.

(8) *Divisional Court*, *op. cit.*, §§55-80.

(9) Le premier requérant, Hazim Jum'aa Gatteh Al Skeini a été le témoin de l'assassinat de son frère qui se rendait à une cérémonie funéraire avec sa famille, le 4 août 2003. La deuxième requérante est la veuve de Muhammad Salim, qui, le 7 novembre 2003, s'était rendu chez son beau-frère. Muhammad Salim face au régime, sans armes, fut touché par des balles à l'estomac. Le troisième requérant est Hameed Kareem, qui a perdu sa femme le 10 novembre 2003. Le quatrième requé-

→

fil du sixième requérant est mort dans une prison britannique, des suites des tortures qui lui ont été infligés dans cette prison durant trois jours (10).

II. – L'applicabilité de la Convention aux requérants

Les requérants estiment que le Royaume-Uni s'est rendu responsable de violations graves de la Convention. Ils se fondent sur le *Human Rights Act*, jugeant que leurs droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme ont été violés. Avant de prouver que leurs situations ressortent bien de la juridiction du Royaume-Uni au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, les requérants ont d'abord dû démontrer que leurs plaintes relevaient du champ d'application du *Human Rights Act* (11). Considérant que l'applicabilité du *Human Rights Act* est indissociablement liée à l'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme (12), les juges anglais ont porté toute leur attention sur la notion de juridiction contenue dans l'article 1^{er} de la Convention et cette notion est ainsi devenue le cœur des affaires *Al Skeini*.

rtdh.eu

←

rant a perdu son frère, Waleed Sayay Muzban, tué dans la nuit du 24 août 2003 à un barrage routier près de Basra. La cinquième requérante est la mère de Rahid Hadi Sabir Al Musawi. Le 26 août 2003, un soldat britannique tira sur son fils et le blessa mortellement. Rahid Hadi Sabir Al Musawi transportait ce jour là une boîte contenant les «suggestions and complains», depuis le commissariat jusqu'au bureau du juge.

(10) Baha Mousa était réceptionniste dans un hôtel de Basra. Daoud Mousa resta 3 jours sans nouvelles de son fils, avant qu'on ne l'appelle pour venir identifier le corps de celui-ci, mort en prison. Le corps de Baha Mousa portait d'évidentes traces de torture. Cependant, aucune enquête sérieuse ne fut menée, l'armée britannique prétextant des raisons techniques.

(11) Le *Human Rights Act* assure un effet juridique dans l'ordre interne anglais en prévoyant que «It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right». (*Human Rights Act*, Section 6, (1)).

(12) En effet, la première question qui a été posée aux juges anglais concernait la possibilité d'une application extra-territoriale du *Human Rights Act*. Rejetant les arguments du Secretary of State, les juges se sont finalement ralliés à la vision des requérants sur ce point, qui considéraient que *a domestic statute enacting international treaty obligations will be compatible with those obligations*. Il a donc été jugé que le *Human Rights Act* peut s'appliquer aux actes des autorités britanniques au-delà des frontières du Royaume-Uni quand ces actes relèvent de la juridiction du Royaume-Uni au sens de l'article 1^{er} de la Convention (*House of Lords, op. cit.*, §§59-97).



Les juges anglais ont estimé que seule comptait l'interprétation par la Cour européenne des droits de l'homme de la notion de juridiction déposée dans la Convention. La résolution 1386 de l'assemblée du Conseil de l'Europe, qui appelait les Etats à accepter l'application totale de la Convention sur les activités de leurs soldats en Irak, a été écartée des débats (13). En outre, les juges ont considéré que la juridiction du Royaume-Uni dans les affaires *Al Skeini* ne pouvait être contestée sur base de la création de la *Common Provisional Authority*. En effet, rappelant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ils ont estimé qu'il serait incompatible avec la Convention que les Etats se réfugient derrière les transferts de compétences à des organisations internationales (14).

rtdh.eu

III. – Le choix de *Bankovic*

Les juges anglais ont d'abord constaté la diversité des opinions de la Cour sur la notion de juridiction, et en conséquence, la difficulté pour les cours nationales d'interpréter cette notion (15). Conscients des controverses d'interprétation, les juges anglais s'accordent pourtant de manière unanime sur la prééminence qu'il convient de donner à l'arrêt *Bankovic* (16).

1. – *La priorité donnée par les juges anglais à Bankovic...*

Les juges anglais étayaient cette préférence pour *Bankovic* par divers arguments. L'arrêt, rendu sur une décision unanime de la Grande Chambre, serait particulièrement bien motivé et répondrait à tous les arguments des requérants (17). L'incohérence de la jurisprudence ultérieure démontrerait l'aura particulière de ce jugement (18). La pratique des Etats, qui appliqueraient *Bankovic*, et

(13) *House of Lords, op. cit.*, §65.

(14) P. LEACH, «The British military in Iraq : the applicability of the espace juridique doctrine», *Public Law*, 2005, 458.

(15) *House of Lords, op. cit.*, §§67-68.

(16) *House of Lords, op. cit.*, §§68 : «Faced with these conflicting elements in the case law, national courts are justified in giving pre-eminence to the decision of the Grand Chamber in *Bankovic v. Belgium*», *House of Lords, op. cit.*, Lord Borne, §108 : «I propose to take as my starting point the decision of the Grand Chamber in *Bankovic*», *House of Lords, op. cit.*, Lord Roger, §67 ; *Divisional Court, op. cit.*, §268.

(17) *House of Lords, op. cit.*, §67.

(18) *Divisional Court, op. cit.*, §§262-267.

l'attitude des Cours Suprêmes, qui suivraient le même raisonnement (19), démontreraient l'importance de ce jugement. Les juges anglais ont également tenu compte du fait que *Bankovic* fut la première occasion pour la Cour d'interpréter la notion de juridiction en prenant en compte le droit international et les travaux préparatoires (20).

Pour toutes ces raisons, les juges considèrent que *Bankovic* fait autorité dans la jurisprudence de Strasbourg : «*everything about it suggests that it is intended to be an authoritative exposition of the concept of «jurisdiction» under article 1*» (21). De cette analyse de *Bankovic*, les juges tirent des conclusions étonnantes. Ils estiment que la jurisprudence antérieure de la Commission, plus flexible, a été entièrement remplacée par la rigoureuse doctrine de l'arrêt *Bankovic* (22). De manière plus surprenante, les trois Cours adoptent la même attitude à l'égard de la jurisprudence postérieure à *Bankovic*. Ainsi, les juges écartent des débats les arguments tirés des affaires *Issa*, *Ilascu* et *Ocalan* parce qu'étant en contradiction avec *Bankovic* et avec la vocation régionale de la Convention. Ils considèrent que rien dans les arrêts *Issa* et *Ocalan* ne permet de diminuer l'autorité de *Bankovic*, que la Cour estime être définitive (23).

2. – ... malgré l'isolement et l'incohérence de cette décision

Il était possible de répondre différemment à la question posée et de considérer *Bankovic* non pas comme la décision décisive sur la juridiction, mais comme un revirement de jurisprudence isolé, contredit par la jurisprudence ultérieure et par la jurisprudence des autres organes internationaux.

2.1. Le concept de juridiction avant *Bankovic*

2.1.1. Les travaux préparatoires

L'article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit que «les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au

(19) *Ibid.*, §§240-243.

(20) *Ibid.*, §§190.

(21) *Ibid.*, §68.

(22) *Ibid.*, §258.

(23) *Ibid.*, §261.

Titre 1 de la présente Convention» (24). Même si les travaux préparatoires de la Convention ne sont pas décisifs pour son interprétation (25), il reste cependant intéressant de se pencher sur l'origine de la phrase «relevant de leur juridiction». Il ressort des travaux préparatoires que cette formulation est le résultat d'après négociations (26). La volonté d'étendre autant que possible l'application de la Convention a amené les rédacteurs à affiner la formulation de l'article 1^{er} (27). De plus, il ressort clairement des travaux préparatoires que certains pays considéraient que l'obligation de respecter les droits de l'homme ne devait pas être nécessairement confinée au territoire des Etats parties (28).

2.1.2. *Les effets extra territoriaux des autres instruments de protection des droits de l'homme*

Le Comité des droits de l'homme, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels et la Commission interaméricaine des droits de l'homme s'accordent pour considérer que la notion de juridiction, qui conditionne l'application des textes que ces organes sont chargés de contrôler, ne se réfère pas à l'endroit où la violation des droits de l'homme s'est déroulée, mais bien à la relation entre l'individu et l'Etat (29). La Cour internationale de Justice a con-

(24) La nature de cette clause n'est pas celle d'un droit substantiel, et elle n'a pas valeur introductive au vu de sa position dans la Convention; elle a néanmoins certainement une importance capitale (I. PANOUSSIS, «L'obligation générale de protection de protection des droits de l'homme dans la jurisprudence des organes internationaux», *Rev. trim. dr. h.*, 2007, n° 70, pp. 428 et 458. L'auteur voit un rapprochement, dans les derniers arrêts de la Cour européenne, entre l'obligation générale de protection et l'obligation d'exécution des arrêts de la Cour).

(25) Cour eur. dr. h., *Loizidou c. Turquie*, 23 mars 1995, Exceptions préliminaires, §71.

(26) R. LAWSON, «Life after *Bankovic* : on the extra-territorial application of the European convention of human rights», in *Extra-territorial Application of Human rights treaties*, F. COOMANS et M.T. KAMMINGA (dir.), Intersentia, Oxford, 2004, p. 88.

(27) Les mots «résidant dans le territoire» de la première mouture du texte ont été remplacés par une formulation plus large de «vivant dans le territoire», afin d'étendre au maximum le bénéfice de la convention. Finalement, la formule encore plus flexible de «relevant de leur juridiction» a été préférée (*Collected Edition of the «Travaux préparatoires» of the European convention on human rights*, part II, 5 February 1950, p. 200).

(28) R. LAWSON, *op. cit.*, p. 89.

(29) Le Comité des droits de l'homme exige clairement le respect du Pacte bien au-delà des frontières des Etats. Le Comité considère les deux éléments de l'article 2 (la juridiction et le territoire) de manière disjointe et décide par conséquent que le Pacte est applicable lorsqu'une personne est sujette à la juridiction d'un Etat, même si cette personne ne se trouve pas dans le territoire de l'Etat en question. Le Comité

firmé cette conception des effets extra territoriaux dans son avis consultatif relatif aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans les territoires palestiniens occupés* (30). Plus généralement, la Cour de justice tend à considérer que : «Physical control of a territory, and not sovereignty or legitimacy of title, is the basis for State liability for acts affecting others States» (31). La doctrine majoritaire se rallie à ces opinions (32).

2.1.3. *Le découplage initial entre les notions de territoire et de juridiction*

Dans ses premiers arrêts concernant l'application extra territoriale de la Convention, la Cour a adopté une interprétation flexible de l'article 1^{er}. Trois catégories d'affaires peuvent être distinguées.

Une première série d'affaires ont amené à l'affirmation d'une application de la Convention en cas de contrôle effectif. La juris-

←

estime en effet que le terme «juridiction» ne se réfère pas à l'endroit où la violation du Pacte s'est déroulée, mais plutôt à «la relation entre l'individu et l'Etat». (Com. dr. h., *Lopez Burgos c. Uruguay*, 21 juillet 1981 (13^e session), CCPR/C/13/D/52/1979, §12.2). Par la suite, le même Comité a confirmé et précisé sa jurisprudence en considérant qu'«[...] un Etat partie doit respecter et garantir à quiconque se trouve sous son pouvoir ou son contrôle effectif les droits reconnus dans le Pacte même s'il ne se trouve pas sur son territoire» (Com. dr. h., Observation générale n° 31 [80], *La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats parties au Pacte*, 29 mars 2004 (80^e session), CCPR/C/21/rev.1/Add.13, §10.), suivi sur ce point par le Comité des droits économiques sociaux et culturels (*Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels : Israël*, 23 mai 2003 (E/C.12/1/Add.90), §31.) La Commission interaméricaine des droits de l'homme estime qu'«aucun individu, placé sous l'autorité ou le contrôle d'un Etat, ne peut se voir retirer la protection légale des droits humains fondamentaux» (IACHR, *Request for Precautionary Measures Concerning the Detainees at Guantanamo Bay, Cuba*, 12 mars 2002, 41 ILM (2002), p. 532).

(30) C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, 9 juillet 2004, §112.

(31) C.I.J., *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, 26 janvier 1971, §118. La Cour a retenu le même raisonnement dans son arrêt du 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, §115, et dans son arrêt du 8 avril 1993, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, §52.

(32) Voyez, entre autres : O. DE SCHUTTER, «Globalization and Jurisdiction : Lessons from the European Convention on Human rights», *CRIDHO Working Paper*, 2005, n° 04, www.cpdr.ucl.ac.be/cridho, p. 7 ; T. MERON, «Applicability of multilateral conventions to occupied territories», *American Journal of International Law*, 1978, p. 557 ; R. LAWSON, *op. cit.*, p. 86.



rtdh.eu prudence antérieure à *Bankovic* est ainsi limpide en ce qui concerne les situations d'occupation d'un territoire (33). La base de la juridiction est dans ce cas le contrôle – légitime ou non – exercé sur le territoire. Peu importe la licéité au regard du droit international du titre en vertu duquel ces actes sont accomplis (34). La question relève du fait. L'étendue du contrôle exercé par l'Etat membre justifie un niveau maximal de protection des droits de l'homme. L'Etat est responsable pour toute violation de n'importe quel droit ou liberté inscrit dans la Convention (35).

Un deuxième corpus d'affaires a amené la Cour à établir la théorie de la juridiction personnelle. L'application de la Convention a été étendue aux actes ou omissions d'un Etat partie s'accomplissant à l'étranger de manière occasionnelle, sans qu'il n'y ait pour autant une prise de contrôle territorial. Dans une de ses premières décisions (36), la Commission a en effet considéré qu'«un Etat est, dans certaines circonstances, responsable en vertu de la Convention pour les actes de ses agents en dehors de son territoire.» (37). Dans l'arrêt *Stocké c. Allemagne*, relatif à l'arrestation d'un citoyen allemand en

rtdh.eu (33) Cette jurisprudence concerne essentiellement la situation au Nord de Chypre, territoire occupé par la Turquie qui y a établi un Etat fantôme. Dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*, la Cour a estimé que, «si l'article 1 fixe des limites au domaine de la Convention, la notion de 'juridiction' au sens de cette disposition ne se circonscrit pas au territoire national des Hautes Parties contractantes». (Cour. eur. dr. h., Gde Ch., *Loizidou c. Turquie*, 23 mars 1995, Exceptions préliminaires, §62.).

rtdh.eu (34) Cour. eur. dr. h., Gde Ch., *Loizidou c. Turquie*, 23 mars 1995, Exceptions préliminaires, §62 : «[...] Compte tenu de l'objet et du but de la Convention, une Partie contractante peut également voir engager sa responsabilité lorsque, par suite d'une action militaire – légale ou non –, elle exerce en pratique le contrôle sur une zone située en dehors de son territoire national.»; J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 68, n° 77.

rtdh.eu (35) Cour eur. dr. h., Gde Ch., *Chypre c. Turquie*, 10 mai 2001, §77 : «Etant donné que la Turquie exerce en pratique un contrôle global sur le nord de Chypre, sa responsabilité ne saurait se circonscrire aux actes commis par ses soldats ou fonctionnaires dans cette zone, mais s'étend également aux actes de l'administration locale qui survit grâce à son soutien militaire et autre. En conséquence, sous l'angle de l'article 1 de la Convention, force est de considérer que la 'juridiction' de la Turquie vaut pour la totalité des droits matériels énoncés dans la Convention et les Protocoles additionnels qu'elle a ratifiés, et que les violations de ces droits lui sont imputables». Voy. M. GONDEK, «Extraterritorial application of the european convention on human rights: territorial focus in the age of globalization?», *Netherlands International Law Review*, 2005, p. 354.

(36) La Commission devait statuer sur la responsabilité du Royaume-Uni par rapport à la situation dans la prison de Spandau, située dans le secteur britannique de Berlin Ouest, que les quatre puissances alliées contrôlaient conjointement.

(37) Comm. eur. dr. h., *Ilse Hess c. Royaume-Uni*, 28 mai 1975, §18. La Commission rejeta cependant le recours pour incompétence *ratione personae*.

France suite à une collaboration illégale entre les deux Etats, la Cour a jugé que l'obligation pour un Etat d'assurer les droits humains s'étend à tout individu placé sous son autorité et sous sa responsabilité, que cette autorité soit exercée sur son propre territoire ou à l'étranger. La Cour a considéré – qu'en agissant à l'encontre de certaines personnes – les agents de l'Etat placent ces individus sous la juridiction de l'Etat, proportionnellement à l'emprise, plus ou moins importante, exercée par l'Etat sur ces personnes (38). Ce raisonnement fondé sur un critère 'organique' (39), fut adopté par la Cour dans des affaires similaires (40) et est largement confirmé par la doctrine (41).

Enfin, dans les affaires concernant des extraditions et des expulsions (42), la Cour a établi que le transfert d'une personne de l'Etat membre vers un autre Etat, peut impliquer une violation d'une des provisions de la Convention. La jurisprudence sur ce point est claire (43) : le danger de traitement inhumain ou dégradant est une

(38) Cour eur. dr. h., *Stocké c. Allemagne*, 12 octobre 1989, §166.

(39) S. KARAGIANNIS, «Le territoire d'application de la Convention européenne des droits de l'homme, *vaetera et nova*», *Rev. trim. dr. h.*, 2002, p. 88.

(40) Dans l'affaire *Drodz et Janousek c. France et Espagne*, jugée le 26 juin 1992, les requérants estimaient que leur droits avaient été violés par des juges français et espagnols qui travaillaient dans une juridiction d'Andorre. La Cour n'a pas refusé de considérer la responsabilité de la France et de l'Espagne alors même que les juges se trouvaient à l'étranger. Elle refusa cependant les arguments des requérants en estimant que les juges n'avaient nullement agi dans l'exercice de leur compétence de juge français ou espagnol (Cour eur. dr. h., *Drodz et Janousek c. France et Espagne*, 26 juin 1992, §91). L'affaire *Xhavara* est également révélatrice sur ce point. Un bateau naviguant d'Albanie vers l'Italie était entré en collision avec un vaisseau de guerre italien à 35 miles de la côte italienne. La Cour considéra que «l'obligation imposée par cette disposition, combinée avec le devoir général incombant aux Etats en vertu de l'article 1 de la Convention de 'reconnaître à toute personne relevant de leur jurisdiction les droits et libertés définis [dans] la [...] Convention', implique et exige de mener une forme d'enquête officielle, efficace, indépendante et publique lorsque les actes des agents de l'Etat ont entraîné la mort d'hommes» (Cour eur. dr. h., *Xhavara et quinze autres c. Italie et Albanie*, 11 janvier 2001, §81). Voy. également : Cour eur. dr. h., *Chypre c. Turquie*, 10 juillet 1978; Comm. eur. dr. h., 26 mai 1975; *W.M. c. Danemark*, 14 octobre 1992.

(41) O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 9; M. GONDEK, *op. cit.*, pp. 354-355; K. ALTI-PARMAK, «*Bankovic* : an obstacle to the application of the European convention on human rights in Iraq?», *Journal of Conflict & Security Law*, 2004, vol. 9, n° 2, pp. 223-229.

(42) Voy. sur l'application par les juges belges de la jurisprudence internationale en matière de droits de l'homme lors des situations d'extradition : O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBOECK, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 263.

(43) Voy. Cour eur. dr. h., *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989.

rtdh.eu

base suffisante pour établir la responsabilité de l'Etat qui accepte l'extradition ou le transfert de l'individu vers un autre Etat (44). La Cour, dans *Ocalan*, a précisé que la Convention est applicable aux situations dans lesquelles l'opération d'arrestation et de transfert de l'individu s'effectue entièrement en dehors du territoire de l'Etat membre (45). La Cour, dans cette jurisprudence originale, a adopté une interprétation extensive de la notion de juridiction et a endossé largement la doctrine de la juridiction personnelle (46) en confirmant que des actes d'agents étatiques hors du territoire étatique peuvent être attribués aux Etats membres (47).

Dans ses premières décisions sur la notion de juridiction, la Cour a accordé une grande importance à l'objet et au but de la Convention pour interpréter la notion de juridiction (48). Il en résulte une appréciation de la juridiction qui nuance et relativise la dimension territoriale de la notion de juridiction puisqu'elle admet que la responsabilité d'un Etat puisse être établie lorsqu'il contrôle un territoire occupé ou lorsqu'il exerce un pouvoir ou contrôle des individus, même de manière incidente. L'on pouvait en déduire que «le champ d'application de la Convention dépasse le cadre territorial de l'Etat et suit l'exercice des compétences étatiques» (49). En interprétant l'article 1^{er} de la Convention comme une règle établissant les conditions d'imputabilité d'actes à un Etat, la Cour a créé une jurisprudence respectueuse des principes adoptés par la Commission de droit international et par l'Assemblée générale onusienne à propos de la responsabilité des Etats (50). Les principes

(44) M. GONDEK, *op. cit.*, p. 355.

(45) Cour. eur. dr. h., *Ocalan c. Turquie*, 12 mars 2003.

rtdh.eu

(46) K. ALTIPARMAK, «R. (on the application of Al Skeini) v. Secretary of State», *Journal of Criminal Law*, 2005, p. 297.

(47) Cour eur. dr. h., *Drodz et Janousek c. France et Espagne*, 26 juin 1992, §91.

rtdh.eu

(48) K. ALTIPARMAK, «Bankovic : an obstacle to the application of the European convention on human rights in Iraq?», *Journal of Conflict & Security Law*, 2004, vol. 9, n° 2, p. 227. Voy. également : Cour eur. dr. h., *Loizidou c. Turquie*, 23 mars 1995, §§72, 73, 75, 77, 85 et 88-89.

(49) G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 1989, pp. 94-95. Voy. également : J.E.S. FAWCETT, *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 23 et F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 4^e éd., 1999, p. 378, n° 222.

(50) En effet, le chapitre II du projet d'article rédigé par la Commission contient les principes régissant l'attribution d'un comportement à un Etat. Force est de constater qu'il ne fait pas référence à la notion de territoire. Voy. A/RES/56/83, Résolution sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite, 12 décembre 2001, et son annexe. Cette résolution est basée sur les travaux de la Commission

→



qui ont ainsi été dégagés, s'ils sont audacieux, ne sont pas déraisonnables (51).

2.2. Bankovic : un recentrage territorial

rtdh.eu

2.2.1. La décision de la Cour

Dans l'affaire *Bankovic et autres c. Belgique et autres*, la grande chambre s'est retrouvée confrontée à la mission périlleuse de juger si des Etats membres de l'OTAN pouvaient être considérés comme responsables pour le bombardement par les forces de l'OTAN des bâtiments de la Radio-télévision serbe, le 23 avril 1999. Les requérants estimaient que les combats aériens menés par les Etats parties à la Convention, également membres de l'OTAN, les avaient placés sous la juridiction des Etats défendeurs. Leur argument principal était que «la «juridiction» des Etats en cause peut se déterminer à partir d'une adaptation des critères du «contrôle effectif» dégagés par la Cour dans les arrêts *Loizidou* précités (*exceptions préliminaires* et *fond*), en sorte que «l'étendue de l'obligation positive procédant de l'article 1^{er} de la Convention de reconnaître les droits consacrés par celle-ci serait proportionnée à l'ampleur du contrôle effectivement exercé» (52).

rtdh.eu

Les arguments des requérants n'ont pas convaincu la Cour. Celle-ci a en effet estimé qu'il n'existait pas de «lien juridictionnel entre les personnes ayant été victimes de l'acte incriminé et les Etats défendeurs». Dès lors, la Cour a considéré que «les requérants n'ont pas démontré qu'eux-mêmes et leurs proches décédés étaient susceptibles de 'relever de la juridiction' des Etats défendeurs du fait de l'acte extraterritorial en cause» (53). Ce faisant, la Cour a retenu une lecture de l'article 1^{er} de la Convention qui restreint l'application de celle-ci. Cette interprétation est basée sur deux considérations. Premièrement, la Cour a estimé que les Etats contractants n'avaient jamais eu l'intention de voir la Convention s'appliquer à

←

de droit internationale ayant abouti à la rédaction du projet sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite, adopté par la Commission de droit international dans sa 53^e session, Supplément n° 10 et rectificatif (A/56/10 et Corr. 1) et dans l'annexe de la résolution de l'Assemblée générale A/RES/56/83.

(51) S. KARAGIANNIS, «Le territoire d'application de la Convention européenne des droits de l'homme, *vaetera et nova*», *Rev. trim. dr. h.*, 2005, n° 61, p. 104.

(52) Cour eur. dr. h., *Bankovic et autres c. Belgique et 16 autres Etats contractants*, 12 décembre 2001, Recevabilité, §46.

(53) *Ibid.*, §82.



des territoires comme ceux en cause dans *Bankovic*. Pour étayer son argumentation, la Cour se base sur les travaux préparatoires de la Convention. La Cour estime que la Convention a une vocation régionale, et n'est pas destinée à s'appliquer au-delà des frontières du Conseil de l'Europe, au-delà de l'«espace juridique» de la Convention. Deuxièmement, la Cour estime que, «du point de vue du droit international public, la compétence juridictionnelle d'un Etat est principalement territoriale. Si le droit international n'exclut pas un exercice extraterritorial de sa juridiction par un Etat, les éléments ordinairement cités pour fonder pareil exercice (nationalité, pavillon, relations diplomatiques et consulaires, effet, protection, personnalité passive et universalité, notamment) sont en règle générale définis et limités par les droits territoriaux souverains des autres Etats concernés» (54).

rtdh.eu

2.2.2. *La critique de Bankovic*

La décision de la Cour dans cette affaire fut vivement contestée. Si la décision en elle-même peut être compréhensible (55), le raisonnement tenu par la Cour est par contre relativement boiteux. En effet, certains considèrent que la décision aurait pu être déclarée irrecevable à la suite d'un raisonnement plus simple; il eût en effet été suffisant de souligner que la requête visait juridiquement l'OTAN, et non les Etats membres (56). La Cour a préféré ne pas aborder de front cette question éminemment complexe (57). De plus, bien que la Cour déclare la requête irrecevable *ratione personae*, la plupart des arguments qu'elle développe concerne la compétence *ratione loci* des Etats membres (58). La rédaction du jugement a également été la cible de critique; la Cour a ainsi été accusée de développer son argumentation de manière «impressionniste» (59), en

(54) Cour eur. dr. h., *Bankovic et autres c. Belgique et 16 autres Etats contractants* du 12 décembre 2001, Recevabilité, §59.

(55) M. Happold pense que la Cour a rendu 'the right decision for the wrong reasons' puisqu'il est vrai que les Etats n'exerçaient aucun contrôle ni aucun pouvoir sur les individus concernés.: M. HAPPOLD, «*Bankovic v. Belgium and the territorial scope of the European Convention on human rights*», *Human Rights Law Review*, 2004, vol. 3 (1), p. 90. Voyez également, E. BERRY, «*The extra territorial Reach of the ECHR*», *European Public Law*, 2006, volume 4, p. 650.

(56) G. COHEN-JONATHAN, «*Observations: la territorialisation de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme*», *Rev. trim. dr. h.*, 2002, p. 1073. La Cour a sans doute préféré de pas aborder cette question complexe.

(57) S. KARAGIANNIS, *op. cit.*, pp. 95-100.

(58) G. COHEN-JONATHAN, *op. cit.*, p. 1074.

(59) S. KARAGIANNIS, *op. cit.*, p. 109.



inversant parfois l'ordre logique de l'argumentation; ainsi elle envisage, d'abord la question de savoir si un contrôle effectif est exercé sur le territoire avant de se demander si ce territoire appartient au champ d'application de la Convention.

En ce qui concerne les arguments invoqués par la Cour dans *Bankovic*, qui opèrent un recentrage territorial et une européanisation de la notion de juridiction (60), trois grandes critiques ont été émises.

D'abord, il semble que la Cour, a confondu deux conceptions différentes de la notion de juridiction en droit international (61). La Cour ne distingue pas le concept de juridiction «prescriptive», qui vise l'étendue des pouvoirs reconnus en droit international public aux Etats pour exercer leurs compétences, du concept de juridiction au sens du droit international de la responsabilité des Etats. Or, il est évident que l'article 1^{er} de la Convention n'a pas l'intention de fixer des règles concernant la légalité de l'exercice des pouvoirs par les Etats, mais vise à déterminer l'applicabilité de la Convention aux activités de certains Etats (62), c'est-à-dire à déterminer quels actes ou quelles abstentions peuvent être imputés à un Etat (63). Cette confusion regrettable implique des conséquences absurdes. En effet, le raisonnement tenu par la Cour aboutit à considérer qu'un Etat qui agit au-delà des pouvoirs qui lui sont conférés en droit international ne pourrait pas être tenu pour responsable des conséquences résultant de ces actes en vertu de traités auxquels il a adhéré (64)... La Cour favorise donc les situations dans lesquelles les

(60) G. COHEN-JONATHAN, J.-F. FLAUSS, «Cour européenne des droits de l'homme et droit international général», *Annuaire français de droit international*, 2004, p. 782.

(61) Le sens ordinaire de ce mot est «power or authority in general». Voy. L. LOUCAIDES, «Determining the extra territorial effect of the european convention», *European Human Rights Law Review*, 2006, n° 4, p. 394. Selon cet auteur, la notion de juridiction peut être entendue de trois façons différentes : la juridiction législative (*legislative jurisdiction*) concerne le pouvoir de réguler une situation, la juridiction «adjudicative» (*adjudicative jurisdiction*) concerne les limites de l'exercice de l'autorité judiciaire et enfin la juridiction «exécutive» (*enforcement jurisdiction*) qui fixe les conditions de la légalité des actes que l'Etat pose pour donner effet à ses normes.

(62) O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 7; M. GONDEK, *op. cit.*, p. 364.

(63) O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 7.

(64) O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 7; K. ALTIPARMAK, *op. cit.*, p. 301 et A. ORAKHELASHVILI, «Restrictive interpretation of human rights treaties in the recent jurisprudence of the European court of human rights», *European Journal of International Law*, 2003, Vol. 14, n° 3, pp. 541-542; M. HAPPOLD, «*Bankovic v. Belgium* and the territorial scope of the European Convention on Human Rights», *Human Rights Law Review*, 2003, 3(1), p. 82.



Etats violent à la fois le droit international public et les traités relatifs aux droits de l'homme (65)!

rtdh.eu

Ensuite, les méthodes d'interprétation utilisées par la Cour dans *Bankovic* semblent difficilement justifiables. Le problème se pose d'abord au regard de l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités, qui sanctionne les interprétations menant à un «résultat manifestement absurde ou déraisonnable». La Cour semble également avoir négligé le principe de l'interprétation au regard de l'objet et du but, ainsi que le principe de l'interprétation de la Convention comme un tout cohérent (66). De plus, le sens ordinaire dégagé par la Cour du mot «juridiction» est trop restrictif (67) puisque, en droit international, la juridiction n'a jamais été réduite au seul territoire de l'Etat et a toujours inclus les forces armées opérant à l'étranger sous le contrôle de l'Etat (68). En outre, la Cour interprète le mot «juridiction» en référence au sens ordinaire que ce mot revêt en droit international général, et ne prend pas en compte la portée différente que ce concept reçoit en droit international des droits de l'homme, *lex specialis* du droit de la responsabilité des Etats (69). Ce faisant, la Cour «limite la spécificité» de la protection des droits de l'homme dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme (70).

rtdh.eu

(65) M. GONDEK, *op. cit.*, p. 364; G. COHEN-JONATHAN, «A propos des arrêts *Assanidze* (8 avril 2004), *Ilascu* (8 juillet 2004) et *Issa* (16 novembre 2004)», *Rev. trim. dr. h.*, 2005, n° 64, pp. 768-769.

(66) M. GONDEK, *op. cit.*, p. 360.

(67) A. RÜTH, et M. TRILSCH, «International Decisions: *Bankovic v. Belgium*», *American Journal of International Law*, 2003, vol. 97, 2003, p. 171.

(68) K. ALTIPARMARK, *op. cit.*, p. 224.

(69) Alors même que cela constituait un des buts de la Convention selon ses rédacteurs : voy. K. WIDDOWS, «The application of treaties to nationals of a party outside its territory», *International and Comparative Law Quarterly* 1986, p. 730. Dans *Bankovic*, la Cour a estimé que si l'intention des rédacteurs de la Convention était de consacrer un effet extra-territorial, ceux-ci auraient rédigé l'article 1^{er} de la même manière que l'article 1^{er} des quatre Conventions de Genève de 1949. Cependant, l'on ne peut que constater la spécificité de la Convention européenne des droits de l'homme par rapport aux Conventions de Genève et l'intention des auteurs, reportée dans les travaux préparatoires, d'étendre au maximum le bénéfice de la Convention. L'autre argument invoqué par la Cour est la pratique des Etats, qui ne se sentiraient pas liés à la Convention hors des frontières de l'espace juridique européen puisqu'ils n'invoquent jamais sur ce point l'article 15 de la Convention permettant des dérogations aux droits de l'homme. La pratique des Etats n'est cependant pas très claire sur ce point, et l'on ne peut manquer de remarquer le caractère faible de l'argument; en effet, les Etats ne sont pas obligés de déroger à leurs obligations : le peu de recours à l'article 15 ne prouve pas l'absence d'effets extra-territoriaux.

(70) G. COHEN-JONATHAN, «Observations, la territorialisation de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. trim. dr. h.*, 2002, p. 1078.

Enfin, rappelons que l'arrêt *Bankovic* est en contradiction avec la jurisprudence antérieure de la Cour. En effet, ce jugement a limité la doctrine de la juridiction personnelle à l'exception consulaire, et, tout en reconnaissant une importance démesurée à la doctrine du contrôle effectif par rapport aux autres exceptions à la territorialité de la juridiction, a limité cette dernière exception aux territoires se trouvant dans l'espace juridique de la Convention (71). L'arrêt *Bankovic* souffre également d'un décalage important avec les décisions des autres organes internationaux. Comment, en effet, ne pas être frappé par l'écart entre l'arrêt et ces propos du Comité : «It would be unconscionable to interpret the responsibility under article 2 of the Covenant so as to permit a State party to perpetrate violations of the Covenant on the territory of another State, which violations it could not perpetrate on its own territory [...] the terms jurisdiction refers to [...] the relationship between the individual and the State in relation to any violations (of the Covenant) wherever they occurred?» (72).

Dans l'arrêt *Bankovic* la Cour a adopté une interprétation restrictive de la Convention, qui diminue la portée de celle-ci. Cette approche fragilise la raison d'être et les fondations même de la Convention dont l'objet est d'obliger les Etats à respecter les droits de l'homme des individus sur lesquels ils exercent un contrôle (73), en même temps que sa capacité à protéger effectivement ceux qui devraient en être les principaux bénéficiaires (74). La Cour a manqué d'accorder à la Convention européenne l'importance particulière d'instrument d'ordre public. Les obligations objectives qui en découlent ne sauraient se résoudre à quelque arrangement contractuel entre différents Etats (75).

(71) R. LAWSON, *op. cit.*, p. 113; K. ALTIPARMAK, «R. (on the application of Al Skeini) v. Secretary of State», *Journal of Criminal Law*, 2005, p. 296. Cette affirmation de la Cour réduit substantiellement la portée de la doctrine de la juridiction personnelle et amenuise les possibilités d'une application extraterritoriale de la Convention européenne des droits de l'homme. Certains auteurs défendent l'opinion contraire : M. O'BOYLE, «The European Convention on human rights and Extraterritorial jurisdiction : a comment on 'Life after Bankovic'», in *Extra territorial Application of Human Rights Treaties*, *op. cit.*, pp. 136-139.

(72) Com. dr. h., *Lopez Burgos c. Uruguay*, 29 juillet 1981, n° 52/1979, §§12.2 et 12.3 Cette position a été reprise par la Cour internationale de justice : C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, 9 juillet 2004, §§102-113.

(73) T. MERON, *op. cit.*, pp. 81-82 et K. ALTIPARMAK, «R. (on the application of Al Skeini) v. Secretary of State», *op. cit.*, p. 298.

(74) A. ORAKHELASHVILI, *op. cit.*, pp. 529 et 567.

(75) A. ORAKHELASHVILI, *op. cit.*, p. 567.

3. – *Au-delà de Bankovic*

rtdh.eu

Même si l'arrêt *Bankovic* reste important, ce sont désormais les arrêts *Ilascu* (76), *Ocalan et Issa* qui, selon nous, doivent faire autorité en ce qui concerne le sens de l'article 1^{er} et la portée du concept de «juridiction». Dans ces derniers arrêts, la Cour a renoué avec sa jurisprudence antérieure et a retrouvé ses réflexes d'une interprétation à la lumière du droit international (77). Il

rtdh.eu

semble que la territorialisation envisagée dans l'arrêt *Bankovic* doive désormais être considérée comme confinée au cas de frappes aériennes par des Etats membres et non à tous les cas d'opérations militaires.

rtdh.eu

3.1. *L'arrêt Ilascu*

L'arrêt *Ilascu* a comme toile de fond les violences qui ont touché la Transnistrie (78). Les requérants avaient été détenus et soumis à des traitements épouvantables malgré une décision de la Cour suprême moldave qui annulait leur condamnation. Les requérants considéraient que leur situation relevait de la juridiction de la Moldavie, mais aussi de la juridiction de la Russie. En effet, cette dernière avait des troupes armées disséminées en Moldavie et avait été très impliquée dans le processus d'indépendance de la Transnistrie.

Dans l'arrêt *Ilascu*, la Cour opère une interprétation pour le moins révélatrice de l'arrêt *Bankovic*. La Grande Chambre considère que, si la Cour a effectivement souligné le caractère territorial de la notion de juridiction, elle a aussi reconnu que la notion de «juridiction» au sens de l'article 1^{er} de la Convention n'est pas nécessairement circonscrite au seul territoire national des Hautes Parties contractantes (79). Cet arrêt a permis à la Cour de rétablir la doc-

(76) C. ORVEY, R. WHITE, *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, Oxford, 4^e édition, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 24.

(77) Dans un arrêt particulièrement intéressant, la Cour a même interdit aux Etats de restreindre territorialement leur juridiction : Cour. eur. dr. h., *Assanidzé c. Géorgie*, 8 juillet 2004, §319.

(78) L'ancienne république soviétique de Moldavie s'est déclarée indépendante en septembre 1990. Quelques mois plus tard, les séparatistes de Transnistrie se sont déclarés indépendants. La Fédération de Russie les a soutenus jusqu'en 1992, année durant laquelle un cessez-le-feu a été signé entre la Moldavie et la Russie. La Russie a signé ensuite un accord concernant le retrait des troupes russes qui ne fut jamais ratifié ni suivi d'effet.

(79) Cour eur. dr. h., *Ilascu et autres c. Moldavie et Russie*, 8 juillet 2004, §314.

trine de la juridiction personnelle (80) et sa cohérence avec la doctrine du contrôle effectif (81). Ceci est d'autant plus remarquable qu'elle a, sur ce point, fait référence aux travaux de la Commission de droit international sur la responsabilité des Etats (82). La décision d'admissibilité dans l'affaire *Ilascu* confirme que la Cour se considère apte à contrôler le comportement des Etats membres agissant à l'étranger (83).

rtdh.eu

De plus, la Cour semble adopter l'approche graduelle proposée par les requérants dans l'affaire *Bankovic* puisqu'elle admet clairement un fractionnement et une adaptation de l'imputabilité des actes en retenant une responsabilité partagée entre la Moldavie et la Russie.

rtdh.eu

Enfin, dans l'affaire *Ilascu*, la Cour revient indirectement sur la notion d'espace juridique. En effet, elle n'invoque pas, pour fonder sa décision, l'argument du vide juridique, alors que celui-ci aurait pu être aisément utilisé. Les habitants de Transnistrie étaient dans la même situation que ceux de Chypre, la protection des droits fondamentaux de ces individus par la Moldavie risquant de n'être que toute théorique. Pourtant, la Cour reste silencieuse sur ce point, et diminue par là la portée de la doctrine de l'espace juridique, qui estime que ce n'est qu'en cas de risque de *vacuum* qu'une application extra-territoriale est fondée (84).

3.2. L'arrêt Ocalan

rtdh.eu

Dans l'arrêt *Ocalan*, la Cour a élargi la notion de juridiction de l'article 1^{er} de la Convention. Dans les deux arrêts rendus à propos de cette affaire, la Cour a clairement estimé que le requérant rele-

(80) *Ibid.*, §319 : «un Etat peut aussi être tenu pour responsable même lorsque ses agents commettent des excès de pouvoir ou ne respectent pas les instructions reçues. En effet, les autorités d'un État assument au regard de la Convention la responsabilité objective de la conduite de leurs subordonnés; elles ont le devoir de leur imposer leur volonté et ne sauraient se retrancher derrière leur impuissance à la faire respecter».

(81) *Ibid.*, §316 : «Dès lors qu'un Etat contractant exerce un contrôle global sur une zone située en dehors de son territoire national, sa responsabilité ne se limite pas aux seuls actes commis par ses soldats ou fonctionnaires dans cette zone, mais s'étend également aux actes de l'administration locale qui survit grâce à son soutien militaire ou autre».

(82) Cour. eur. dr. h., *Ilascu et autres c. Moldavie et Russie*, §§319-321.

(83) R. LAWSON, «The concept of jurisdiction and Extraterritorial Acts of State», in G.P.H. KREIJEN (ed.), *State, Sovereignty and International Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 293.

(84) O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 11.



vait de la juridiction turque dès son arrestation dans l'avion, alors que cette arrestation se trouvait clairement en dehors de l'espace juridique de la Convention (85). La Cour ne semble plus considérer que les actions commises à l'étranger par des agents diplomatiques ou consulaires ou à bord d'aéronefs immatriculés dans l'Etat en cause ou de navires battant son pavillon (86) sont les seuls cas d'application de la doctrine de la juridiction personnelle.

rtdh.eu

3.3. *L'arrêt Issa*

L'arrêt *Issa* ramène la jurisprudence relative à l'extra-territorialité de la Convention à des critères plus rationnels (87). Dans cet arrêt, la Cour affirme sans ambiguïté l'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux opérations militaires menées par un Etat membre sur le territoire d'un Etat tiers, en l'occurrence en Irak. Les six requérantes de l'affaire *Issa* prétendaient que leurs proches, sept bergers, avaient été tués par l'armée turque opérant au-delà de la frontière irakienne, dans la province du Sarsang, au nord de l'Irak. La Cour a décidé qu'il n'y avait pas de preuves suffisantes pour établir la responsabilité de la Turquie dans cette affaire. Cependant, l'analyse que fait la Cour de la notion de juridiction mérite d'être soulignée.

rtdh.eu

Bien que le gouvernement turc ait invoqué la doctrine de l'espace juridique, la Cour définit l'application extra-territoriale de la Convention sans aucune référence au territoire (88). Elle refuse le résultat absurde auquel menait le raisonnement tenu dans l'arrêt *Bankovic* (89). Tout en reconnaissant que la Turquie

(85) Cour eur. dr. h., Gde Ch., *Ocalan c. Turquie* 5 mai 2005, §91; Cour eur. dr. h. (Chambre), *Ocalan c. Turquie* du 12 mars 2003, §93.

(86) Cour eur. dr. h., *Bankovic c. Belgique et 16 autres Etats contractants*, 12 décembre 2001, §73.

(87) G. COHEN-JONATHAN, «A propos des arrêts *Assanidzé* (8 avril 2004), *Ilascu* (8 juillet 2004) et *Issa* (16 novembre 2004)», *Rev. trim. dr. h.*, 2005, n° 64, p. 770.

(88) Cour eur. dr. h., *Issa et autres c. Turquie*, 16 novembre 2004, §§68-69 : «The concept of jurisdiction within the meaning of article 1 is not necessarily restricted to the national territory of the High Contracting Parties [...] in exceptional circumstances the acts of Contracting States performed outside their territory or which produce effects there (extra territorial act) may amount to exercise by them of their jurisdiction within the meaning of article 1 of the Convention».

(89) Cour eur. dr. h., *Issa et autres c. Turquie*, 16 novembre 2004, §71, voy. aussi §74 : «Article 1 of the Convention cannot be interpreted as to allow a State party to perpetrate violations of the Convention on the territory of another state, which it could not perpetrate on its own territory». L'arrêt *Issa* constitue une étape décisive pour une portée extra-territoriale de la Convention européenne des droits de l'homme. Voy. F. SPEROTTO, *op. cit.*, pp. 13-14 et O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 8.

n'exerce pas en Irak un contrôle *de facto* similaire à celui exercé sur le nord de Chypre, la Cour décide que cette absence de contrôle total n'exclut pas nécessairement l'imputabilité de violations des droits de l'homme à la Turquie (90). Les juges européens estiment que c'est la nature de la relation entre l'Etat défendeur et l'individu situé sur un territoire occupé qui est déterminante. La Cour écarte ainsi la doctrine incohérente de l'espace juridique (91). Un Etat membre peut désormais être tenu responsable de violations des droits d'un individu qui se trouve sur le territoire d'un autre Etat, mais qui est considéré comme relevant du contrôle de l'Etat membre (92).

De plus, la Cour, en interprétant dans un sens tout à fait différent la notion d'espace juridique, réduit substantiellement sa portée. Elle considère en effet que «[I]f there is a sufficient factual basis for holding that, at the relevant time, the victims were within that specific area (controlled by the Turkish forces), it would follow logically that they were in the jurisdiction of Turkey (*and not of Iraq which is not a Contracting State and clearly does not fall within the legal space (espace juridique) of the Contracting States*)» (93).

Les principes qui se dégagent de ces trois affaires ont été confirmés par la suite. Ainsi, dans l'affaire *Andrejeva c. Lettonie*, la Cour affirme que la notion de «jurisdiction de l'article 1^{er} de la Convention» est étroitement liée à [la notion] de responsabilité internationale de l'Etat concerné (94).

Dans l'affaire *Al-Saadoon and Mufdi v. United-Kingdom*, la Cour a appliqué ces principes aux détenus irakiens d'une prison britannique en Irak, en retenant la jurisdiction du Royaume-Uni (95).

(90) O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 8.

(91) P. LEACH, *op. cit.*, p. 455.

(92) K. ALTIPARMAK, «R. (on the application of Al Skeini) v. Secretary of State», *op. cit.*, p. 299.

(93) *Ibid.*, §74. Nous soulignons.

(94) Cour eur. dr. h., *Andrejeva c. Lettonie*, 18 février 2009, §56.

(95) Cour eur. dr. h., *Al-Saadoon and Mufdi v. United-Kingdom*, 30 juin 2009, §§84-89.

IV. – L'interprétation de l'arrêt *Bankovic* dans *Al Skeini* (96)

rtdh.eu
rtdh.eu

Considérant, que, malgré ses faiblesses, l'arrêt *Bankovic* est la décision majeure en ce qui concerne l'article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme (97), la Cour s'attache à interpréter cette décision et à l'appliquer dans le cas concret. La bataille juridique se cristallise donc sur l'interprétation de cet arrêt. Les requérants estiment que, inspiré par un contexte factuel différent et exceptionnel, l'arrêt ne remet pas en cause la jurisprudence antérieure et postérieure de la Cour et les acquis en matière de juridiction, et les avocats du Royaume-Uni considèrent que l'arrêt *Bankovic* opère un revirement décisif et définitif dans l'interprétation de l'article 1^{er} (98).

rtdh.eu

1. – *Le refus d'interpréter l'arrêt Bankovic à la lumière de la jurisprudence ultérieure*

rtdh.eu

Le raisonnement des juges anglais dans les affaires *Al Skeini* est biaisé par la prééminence donnée à l'arrêt *Bankovic*. Ce choix a obligé lesdits juges à restreindre la doctrine de la juridiction personnelle, à recentrer territorialement la juridiction du Royaume-Uni et à appliquer la doctrine de l'espace juridique.

rtdh.eu

Il ressort pourtant de la jurisprudence de la Cour que désormais les décisions *Ilascu*, *Ocalan* et *Issa* ont force de précédent en ce qui concerne l'article 1^{er}. Ces trois arrêts ont été rendus postérieurement à l'arrêt *Bankovic* et l'arrêt *Ilascu* a été tranché par la grande chambre. L'arrêt *Bankovic* aurait dû être lu par les juges anglais à la lumière des décisions *Issa*, *Ilascu* et *Ocalan* (99). Lorsqu'un juge national est confronté à deux décisions successives de la Cour européenne qui s'opposent sur certains points, il doit soit tenter de réconcilier ces deux décisions, soit reconnaître la primauté de la décision la plus récente, parce qu'elle est censée refléter l'opinion actuelle de la Cour.

(96) Voy. sur ce point : S. WILLIAMS, «Al Skeini : A Flawed Interpretation of *Bankovic*», *Wisconsin International Law Journal*, 2003, Vol. 23, pp. 687-729.

(97) *Divisional Court, op. cit.*, §259.

(98) *Divisional Court, op. cit.*, §§114-115.

(99) M. GONDEK, *op. cit.*, p. 385.

La primauté donnée à l'arrêt *Bankovic* semble de plus se heurter à l'interprétation communément donnée au *Human Rights Act*, qui permet aux juges de ne pas suivre une décision de la Cour européenne quand il y a une «strong reason» venant motiver ce choix (100) et qui oblige les juges à tenir particulièrement compte des jugements de la Cour européenne des droits de l'homme qui sont pertinents pour le litige (101). La corrélation entre les recours dans *Al Skeini* et les faits de l'arrêt *Issa* exigeait qu'une attention particulière soit accordée à ce jugement, d'autant plus que les trois juges qui siégeaient dans l'affaire *Issa* ont aussi tranché l'affaire *Bankovic* et que la décision dans l'affaire *Issa* apparaît comme étant profondément délibérée. Le lien entre le contentieux irakien et les affaires chypriotes aurait pu être souligné; en effet, dans les deux cas, un Etat partie contrôle de manière plus ou moins directe le territoire d'un autre Etat. Dans l'affaire *Bankovic*, au contraire, toutes les parties s'accordaient sur l'absence de contrôle par les Etat parties du territoire en question.

2. – Une interprétation restrictive de l'arrêt *Bankovic*

rtdh.eu

La *House of Lords* dans son interprétation de l'arrêt *Bankovic* a repris le raisonnement des Cours (102). Selon les juges anglais, l'application extra-territoriale des instruments de défense des droits de l'homme doit être confinée aux exceptions prévues par le droit international en matière de juridiction extra-territoriale.

(100) *R. (on the application of Ullah) v. Special Adjudicator* (2004), *U.K.H.L.* 26, (2004) 3 *WLR* 23, §20.

(101) *Human Rights Act* 1998, Chapter 42, Section 2, 1°. Cette disposition a été interprétée comme une obligation pour les juges d'appliquer toute «*clear and constant jurisprudence of the Strasbourg Court*».

(102) L'opinion de la *Divisional Court* sur ce point est très bien résumée dans le passage suivant : «Article 1 jurisdiction does not extend to a broad, world-wide extra territorial personal jurisdiction arising from the exercise of authority by party state's agents anywhere in the world, but only to an extra-territorial jurisdiction which is exceptional and limited and to be found in specific cases recognized in international law. Such instances [...] are ones where, albeit the alleged violation of Convention standards take place outside the home territory of the respondent state, it occurs by reason of the exercise of state authority in or from a location which has a form of discrete quasi territorial quality, or where the state agent's presence in a foreign state is consented to by that state and protected by international law : such as diplomatic or consular premises, or vessels or aircraft registered in the respondent state». Voy. l'interprétation de l'arrêt *Bankovic* par la *Divisional Court*, §§190, 248-249, 269-270.



Premièrement, les juges anglais estiment que l'article 1^{er} reflète une notion de la juridiction essentiellement territoriale et que la Convention opère dans l'espace juridique des parties contractantes, avec les aménagements possibles au regard de l'article 56. La notion d'espace juridique trouverait sa légitimité dans le processus d'élection des juges de la Cour européenne des droits de l'homme, élus par les Etats parties à l'exclusion de tout autre Etat (103). Deuxièmement, les Lords considèrent que l'article 1^{er} de la Convention ne peut supporter de lacune dans la protection des droits de l'homme. Troisièmement, la *House of Lords* estime que la Cour a proclamé le principe de l'indivisibilité des droits de l'homme. Les droits ainsi assurés le sont en entier et doivent être garantis de manière totale par les Etats parties. Quatrièmement, la *House of Lords* retient que la Cour a reconnu des exceptions au principe de l'application territoriale de la Convention, qui relèvent d'une portée plus personnelle de la notion de juridiction. Ces exceptions sont au nombre de quatre. La première concerne les ambassades, les consulats et les prisons, les activités des agents diplomatiques et consulaires à l'étranger, les navires et vaisseaux enregistrés sous le drapeau de l'Etat (104). Relèvent de la deuxième exception les situations où le contrôle exercé par un Etat sur un territoire se situant dans l'aire géographique du Conseil de l'Europe pourrait priver les habitants de ce territoire du bénéfice de la Convention. La troisième exception regroupe les situations où la responsabilité d'un Etat peut être engagée sur la base d'actes qui produisent des effets ou sont réalisés en dehors de son territoire. La quatrième exception vise les cas similaires à l'affaire *Soering* (105).

rtdh.eu

Globalement, l'interprétation qu'ont donnée les juges anglais de la jurisprudence *Bankovic* est trop restrictive. Au lieu de rechercher une interprétation conciliante de l'arrêt *Bankovic*, les juges se sont concentrés sur certains passages de l'arrêt, qui n'ont pourtant que le statut d'*obiter dicta* (106). Ils n'ont pas accordé d'importance au préambule de la Convention qui souligne le caractère universel des droits de l'homme ainsi conférés et ont écarté le principe de l'interprétation effective ainsi que celui de la Convention comme «living instrument». En distinguant et en opposant la doctrine de la juridiction personnelle, réduite à l'exception consulaire, et celle du con-

(103) *House of Lords, op. cit.*, Lord Roger, §79.

(104) *House of Lords, op. cit.*, Lord Carswell, §97.

(105) *House of Lords, op. cit.*, Lord Brown, §109.

(106) *Divisional Court, op. cit.*, §§275-277.



trôle effectif (107), les juges ont strictement, voire restrictivement, appliqué la jurisprudence *Bankovic*. Ils ont par là négligé la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme prise dans son ensemble, qui ne semble plus faire de distinction entre ces deux doctrines.

3. – *L'interprétation de la doctrine de l'espace juridique*

Le point de droit crucial des décisions *Al Skeini* est sans aucun doute l'interprétation de la doctrine de l'espace juridique. rtdh.eu

Selon les juges anglais, en estimant que les situations de Chypre étaient radicalement différente de la situation en Ex-yougoslavie, puisque les citoyens de Chypre, avant l'invasion turque, avaient pu jouir de la protection de la Convention (108), la Cour européenne des droits de l'homme a rejeté les arguments universalistes des requérants. La nature de la Convention est celle d'un instrument constitutionnel de l'ordre public *européen* (109). Cette doctrine implique, selon les juges anglais, l'inapplicabilité de la Convention aux territoires irakiens, même si un contrôle effectif y est exercé en tant que puissance occupante. La doctrine développée dans les arrêts concernant la Chypre doit être limitée à l'espace juridique de la Convention.

Il existe bel et bien des arguments en faveur de la notion de l'espace juridique. Certes, la Commission européenne des droits de l'homme, statuant sur l'affaire *Loizidou*, a été guidée par le fait que, si la Turquie n'était pas tenue pour responsable de la situation chypriote, la Convention devenait largement ineffective et les habitants se verraient brusquement retiré le bénéfice de sa protection (110). Sans doute peut-on également déduire des articles 56 et 64, §4, de la Convention, qui autorisent les Etats à déclarer que la Convention est applicable à tous les territoires qui ressortent de leur responsabilité, que l'applicabilité de la Convention à ces territoires n'était pas présumée (111). rtdh.eu

(107) *Divisional Court*, *op. cit.*, §258.

(108) Cour eur. dr. h., *Bankovic c. Belgique et 16 autres Etats contractants*, 12 décembre 2001, §80.

(109) Cour eur. dr. h., *Loizidou c. Turquie*, 23 mars 1995, Exceptions préliminaires, §§75 et 93.

(110) Cour eur. dr. h. h., *Chypre c. Turquie*, 26 mai 1975, §136. rtdh.eu

(111) Articles 56 et 63, §1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme.



rtdh.eu

Ces constatations ne retirent cependant rien au caractère péremptoire des déclarations de la Cour européenne des droits de l'homme. Il faut se garder de déduire de ces passages lapidaires de l'arrêt *Bankovic* qu'aucune application de la Convention au-delà de l'espace juridique européen ne reste possible. En effet, la Cour a établi que la Convention «n'a pas vocation» à s'appliquer en dehors de l'espace juridique européen, ce qui ne signifie pas nécessairement que la Convention ne s'applique jamais à l'extérieur des frontières de cet espace juridique. Effectivement, la Cour continue de reconnaître l'application de la Convention lorsqu'un Etat exerce des pouvoirs gouvernementaux sur un pays, et semble considérer que, dans ces cas, les Etats sont toujours liés à la Convention (112). Mais, si la Cour estime que la Convention est essentiellement régionale et qu'elle a vocation à s'appliquer particulièrement dans l'espace juridique du Conseil de l'Europe, cela n'implique pas forcément que la Cour refuse d'office toute application de la Convention à l'étranger. La notion d'espace juridique développée par la Cour est donc plus nuancée qu'il n'y paraît. Les juges anglais commettent une erreur d'appréciation en considérant que la doctrine de l'espace juridique constitue le point fondamental du raisonnement de la Cour dans les affaires chypriotes, moldaves et dans l'arrêt *Bankovic* (113).

rtdh.eu

De plus, les juges anglais, en décidant d'ignorer les arrêts ultérieurs à *Bankovic*, dans lesquels la Cour a revu sa position notamment parce qu'elle menait à des absurdités (114), se sont liés à une doctrine dangereuse, qui les a amenés à prendre des décisions aujourd'hui contestées devant la Cour européenne des droits de l'homme.

rtdh.eu

4. – *Les décisions dans Al Skeini*

Seul le cas du sixième requérant a été considéré comme relevant du domaine d'application de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, en se référant à *Bankovic*, les juges ont estimé que l'«exception consulaire» devait s'appliquer au cas des prisons administrées par les britanniques en Irak (115). Les juges de la cour

(112) R. LAWSON, «Life after Bankovic», *op. cit.*, p. 114.

(113) M. GONDEL, *op. cit.*, p. 383.

(114) Voy. pour de plus amples détails sur ce point de vue, R. WILDE, «'The legal space' or 'espace juridique' of the European Convention on Human Rights: Is it Relevant to Extra territorial State Actions?», *European Human Rights Law Review*, 2005, n° 2, pp. 115-124 et P. LEACH, *op. cit.*, pp. 452-453.

(115) *Divisional Court*, *op. cit.*, §287 «It seems to us that it is not all straining the examples of extra-territorial jurisdiction discussed in the jurisprudence considered

→

d'appel ont abouti à la même conclusion, en se fondant toutefois sur la théorie du contrôle effectif. La *House of Lords* a confirmé les jugements des premières cours. Les Lords ont suivi le raisonnement de Lord Brown, qui estimait que le cas de Baha Mousa relevait de la juridiction britannique. Lord Brown a en effet associé les prisons aux ambassades, vaisseaux et navires, relevant de l'étroite «exception consulaire». Ce faisant, les Lords ont repris l'argumentation tenue en première instance. Ils ont estimé en effet que les enseignements dégagés de l'affaire *Issa* ne pouvaient s'appliquer ici, car le Royaume-Uni n'avait pas le contrôle de Basra (116) sauf dans le cas des prisons.

rtdh.eu

La Cour européenne a confirmé l'arrêt *Al Skeini* en ce qui concerne les détenus des prisons britanniques en Irak, en considérant qu'ils relevaient de la juridiction du Royaume-Uni (117).



«*For my part I also see good grounds of principles and of substantive law for holding that, at least where the right to life is involved, these parts extend beyond the walls of the British military prison and include the streets patrolled by British troops*» (118).



Les arrêts *Al Skeini*, rendus par la *High Court of Justice* et par la *House of Lords*, sont symptomatiques des difficultés qui se posent au juge national lorsqu'il s'agit d'identifier clairement le précédent, d'appliquer une jurisprudence floue et de concilier des principes européens en matière de droits de l'homme avec des textes nationaux et internationaux. Les erreurs des juges anglais dans les affaires *Al Skeini* s'expliquent en effet principalement par le manque d'indications claires concernant la notion de juridiction contenue à l'article 1^{er} de la Convention.

rtdh.eu

←

above to hold that a british military prison, operating in iraq with the consent of the iraqi sovereign authorities and containing arrested suspects, falls within even a narrowly limited exception exemplified by embassies, consulates, vessels and aircrafts, and in the case of *Hess v. UK*, a prison».

(116) *House of Lords, op. cit.*, Lord Roger, §84.

(117) Cour eur. dr. h., *Al Saadoon and Mufdi v. United Kingdom*, 30 juin 2009, §§84-89.

(118) *Court of Appeal, op. cit.*, Opinion de Lord Justice SEDLEY, §§197 et 205.



Les jugements rendus dans *Al Skeini* illustrent également le malaise des juges face à des situations, où, dans un contexte de globalisation des problèmes de sécurité, des Etats interviennent illégalement, en contrôlant des parcelles de territoires sur lesquels ils n'ont aucune légitimité.

La décision rendue par les juridictions britanniques sur le cas de Baha Mousa est indéniablement courageuse. L'extension de la protection de la Convention à des personnes victimes de violations des droits fondamentaux dans des prisons sous contrôle britanniques est à saluer. La Cour suprême des Etats-Unis a récemment admis également une application extra-territoriale de la Constitution aux prisons américaines, même situées à l'étranger (119). Les situations de violation des droits de l'homme qui se rattachent à l'exception consulaire «étendue» relèvent désormais certainement de la responsabilité des Etats, comme l'a d'ailleurs confirmé la cour dans l'affaire *Al-Saadoon and Mufdi*. Cependant, il est regrettable que les juges aient limité la juridiction britannique au seul cas de Baha Mousa, alors qu'il existait des fondements juridiques valides et pertinents pour étendre cette juridiction au cas des autres requérants.

Bien que les juges anglais aient reconnu que les situations des autres requérants constituaient des violations des droits de l'homme, ils ont considéré que ces violations ne pouvaient pas être imputées au Royaume-Uni. Cette décision des juges anglais est dangereuse en ce qu'elle peut impliquer une absence de protection contre des violations des droits des populations occupées. En effet, dans les cas d'occupation, le droit international considère que la population relève de la juridiction de la force occupante (120). Or, à partir de mai 2003, le Royaume-Uni est considéré comme ayant occupé la région de Basra (121). Si la protection de la Convention européenne des droits de l'homme est refusée à ces populations occupées, l'on peut se demander comment seront protégés leurs droits. En effet, le droit international humanitaire ne prévoit pour l'instant pas de procédure judiciaire automatique permettant une

(119) Cour suprême des Etats-Unis, *Lakhdar Boumediene, et al., Petitioners v. George W. Bush, President of the United States* du 12 juin 2008, 553 U.S.

(120) Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexes à la Convention IV de La Haye du 18 octobre 1907, concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, §42.

(121) Résolution du Conseil de sécurité, S/RES/1483(2003), 22 mai 2003. Cette résolution appelle les différentes autorités à respecter entièrement toutes leurs obligations qui découlent du droit international, en particulier celles inscrites dans les quatre Conventions de Genève et dans l'annexe de la Convention IV.

protection de ces droits et il n'existe pas de procédure permettant des plaintes individuelles. Le droit international pénal comporte les mêmes lacunes. Dans ce contexte, pour éviter l'immunité et un véritable vide dans la protection des droits fondamentaux, le contentieux irakien devrait pouvoir être traité par la Cour.

Celle-ci doit fermement refuser aux Etats la possibilité de commettre des violations aux droits fondamentaux en toute impunité. Les affaires *Al Skeini* et *Bankovic*, au-delà de leurs défauts juridiques, soulignent la faiblesse des instruments de droit international de protection des droits de l'homme face à une globalisation et une inégalité entre Etat grandissantes. Plus que jamais, une responsabilité des Etats transnationale est nécessaire (122). Dans ce cadre, la Cour devrait envisager raisonnablement les arguments tirés des personnes juridiques internationales faisant écran aux responsabilités des Etats membres. Certaines actions, clairement placées sous l'égide des Nations Unies qui échappent totalement à la compétence nationale, par exemple devraient être susceptibles d'être contrôlées marginalement par la Cour. Mais il reste qu'il serait souhaitable que, dans le cas irakien, il ne puisse être tiré argument du caractère d'appui qu'ont joué les forces européennes auprès des forces américaines.

Les jugements rendus dans l'affaire *Al Skeini* pourraient donner à la Cour européenne des droits de l'homme une excellente occasion de clarifier sa jurisprudence. La Cour pourrait alors confirmer le changement de perspective et d'orientation, ne plus se concentrer sur la question de la localisation de l'acte ou de l'omission, mais sur le problème du contrôle du territoire ou de la personne. Une solution rationnelle et proportionnée peut se baser sur la «*gradual approach*» proposée par les requérants dans l'affaire *Bankovic*. Le fondement de la juridiction serait le contrôle que l'Etat partie peut exercer sur une personne. L'étendue de la responsabilité de l'Etat partie, et de ses obligations, dépendrait du niveau de contrôle exercé. Les droits et libertés des individus doivent être respectés et promus par les Etats parties en proportion du contrôle qu'ils exercent sur ceux-ci.

La Cour européenne des droits de l'homme et les cours anglaises ont certainement craint d'ouvrir la boîte de Pandore en jugeant res-

(122) S.I. SKOGLY, M. GIBNEY, «Transnational Human rights Obligations», *Human Rights Quarterly*, 2002, Vol. 24, n° 3, pp. 797-798; S. WILLIAMS et S. SHAH, «Case comment: *Bankovic and others v. Belgium and 16 other Contracting Parties*», *European Human Rights Law Review*, 2002, n° 6, p. 780.

pectivement les affaires *Bankovic* et *Al Skeini*, alors que les situations sont diamétralement opposées. Entre une attaque aérienne ponctuelle et une occupation permanente du territoire, il existe des différences dans la responsabilité des Etats que le droit doit refléter. Il n'empêche que dans les deux cas, les deux juridictions ont négligé leur rôle essentiel, celui de protéger les droits de l'homme et d'adapter le droit si particulier des traités de protection des droits de l'homme aux situations exceptionnelles créées après le 11 septembre 2001. Dans ce contexte, il est urgent de clarifier la responsabilité extra-territoriale des Etats.

