



**Conseil économique
et social**

Distr.
GÉNÉRALE

E/CN.4/Sub.2/2003/4
9 juillet 2003

Original: FRANÇAIS

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME
Sous-Commission de la promotion et de
la protection des droits de l'homme
Cinquante-cinquième session
Point 3 de l'ordre du jour provisoire

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE

Question de l'administration de la justice par les tribunaux militaires

**Rapport présenté par M. Emmanuel Decaux
suite à la décision 2002/103 de la Sous-Commission***

Résumé

Dans sa décision 2002/103, la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme a demandé à M. Emmanuel Decaux de présenter, à sa cinquante-cinquième session, une version mise à jour du rapport relatif à la question de l'administration de la justice par les tribunaux militaires élaboré par M. Louis Joinet (E/CN.4/Sub.2/2002/4).

Le présent document est la mise à jour demandée par la Sous-Commission. Il tient compte des observations faites par les participants lors de la cinquante-quatrième session de la Sous-Commission ainsi que des développements récents et des nouveaux éléments disponibles concernant le sujet. Il comporte une analyse des compétences d'attribution des juridictions militaires et des garanties judiciaires inhérentes à la notion de tribunal indépendant et impartial.

* Conformément au paragraphe 8 de la résolution 53/208 de l'Assemblée générale, ce rapport est soumis après les délais en vue de prendre en considération les informations les plus récentes.

Ayant à l'esprit, la nécessité de «veiller à ce que ces tribunaux fassent partie intégrante de l'appareil judiciaire normal», ainsi que l'a souligné la Commission des droits de l'homme dans sa résolution 2003/39 adoptée le 23 avril 2003, le rapport présente en conclusion une série de recommandations révisées, sur la base des orientations dégagées dans le rapport soumis par M. Joinet à la cinquante-quatrième session (E/CN.4/Sub.2/2002/4, par. 29 à 38).

La présente mise à jour vise avant tout à clarifier les multiples enjeux de l'étude pour permettre de structurer le débat public qui s'impose. À cet égard, le rapport rappelle la recommandation formulée par M. Joinet dans le rapport intérimaire qu'il a soumis à la cinquante-troisième session de la Sous-Commission, à savoir «envisager, en vue d'enrichir la préparation du rapport final, l'organisation d'un séminaire d'experts – y compris militaires – consacré aux évolutions constatées – notamment aux progrès réalisés – dans l'administration de la justice par les tribunaux militaires» (E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.3, proposition 1, p. 10).

Des séminaires régionaux seraient sans doute également utiles pour réunir les informations sur une base la plus diversifiée possible et faire le point des développements récents dans les différents continents, permettant ainsi un bilan général de la question, conformément au plan de travail d'ensemble présenté à la cinquante-troisième session, qui visait l'état de la doctrine et de la jurisprudence des organes internationaux, régionaux et nationaux (ibid., partie II, p. 6).

TABLE DE MATIÈRES

	<u>Paragraphes</u>
Introduction.....	1 – 12
I. COMPÉTENCES DES TRIBUNAUX MILITAIRES	13 – 44
A. Compétence <i>ratione personae</i>	14 – 23
B. Compétence <i>ratione temporis</i>	24 – 34
C. Compétence <i>ratione materiae</i>	35 – 44
II. GARANTIES D’UN PROCÈS ÉQUITABLE.....	45 – 70
A. Légalité des tribunaux militaires.....	46 – 56
B. Organisation des tribunaux militaires	57 – 62
C. Fonctionnement des tribunaux militaires.....	63 – 70
III. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS	71 – 86

Introduction

1. Dans sa décision 2002/103, la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, prenant note avec satisfaction de la version mise à jour du rapport relatif à la question de l'administration de la justice par les tribunaux militaires présenté par M. Louis Joinet (E/CN.4/Sub.2/2002/4), qu'elle a remercié pour son important travail, a décidé de demander à M. Emmanuel Decaux de compléter ce document, en tenant compte des observations faites par les participants lors de sa cinquante-quatrième session et de lui présenter, sans incidences financières, une version mise à jour du rapport à sa cinquante-cinquième session.

2. Le présent document est la mise à jour demandée par la Sous-Commission. On y examine l'administration de la justice par les tribunaux militaires à partir des constatations et analyses qui correspondent au questionnaire établi par M. Joinet et figurant dans son rapport intérimaire à la cinquante-troisième session de la Sous-Commission (E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.3, annexe) et à son rapport mis à jour à la cinquante-quatrième session (E/CN.4/Sub.2/2002/4), ainsi qu'aux développements récents et nouveaux éléments disponibles concernant le sujet.

3. Il semble utile de rappeler d'emblée la suggestion présentée par M. Joinet dans son rapport intérimaire à la cinquante-troisième session de la Sous-Commission, lorsqu'il proposait: «envisager, en vue d'enrichir la préparation du rapport final, l'organisation d'un séminaire d'experts – y compris militaires – consacré aux évolutions constatées – notamment aux progrès réalisés – dans l'administration de la justice par les tribunaux militaires. Compte tenu de ses faibles ressources financières, le Haut-Commissariat aux droits de l'homme pourrait parrainer cette rencontre, dont l'initiative – quant à son organisation – pourrait être prise par des organisations non gouvernementales en coopération, le cas échéant, avec des gouvernements intéressés» (E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.3, proposition 1, p. 10). M. Joinet a repris cette suggestion dans son rapport à la cinquante-quatrième session (E/CN.4/Sub.2/2002/4, note, p. 8). À ce stade de l'étude, il est devenu indispensable d'élargir le débat en organisant de tels séminaires d'experts, en prenant comme document de base la version mise à jour de ce rapport.

4. De même, des séminaires régionaux seraient sans doute également utiles pour réunir les informations sur une base la plus diversifiée possible et permettre ainsi de faire le point des développements récents dans les différents continents. À cet égard, il faut mentionner les travaux en cours du Conseil de l'Europe, dans le cadre du Comité d'experts pour l'amélioration des procédures de protection des droits de l'homme (DH-PR), sur les procédures judiciaires devant les tribunaux militaires dans les États membres (DH-PR (2002) 009 rev. du 10 septembre 2002) qui contient les réponses officielles des pays suivants: Autriche, Belgique, Croatie, Danemark, Fédération de Russie, France, Pays-Bas, République tchèque, Slovaquie et Suisse. Une version actualisée prendra en compte les réponses de la Hongrie, de l'Irlande, du Portugal et de la Turquie. On trouvera également de nombreuses informations dans l'ouvrage de Federico Andreu-Guzmán *Fuero militar y derecho internacional* publié en espagnol par la Commission internationale de juristes (Bogota, 2003), et dans les actes du Séminaire international de Rhodes d'octobre 2001 sur la juridiction militaire publiés par la Société internationale de droit militaire et de droit de la guerre (Bruxelles, 2003). Le centre de documentation de la Société publie également des mises à jour régulières sur l'état des législations nationales: Allemagne, Australie, Belgique, Chine, Danemark, États-Unis d'Amérique, Hongrie, Norvège, Suède, Suisse¹. Des synthèses régionales concernant l'Afrique et l'Asie seraient particulièrement opportunes pour permettre un bilan général de la question, conformément au plan de travail présenté à

la cinquante-troisième session, qui visait l'état de la doctrine et de la jurisprudence des organes internationaux, régionaux et nationaux (E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.3, partie II, p. 6).

5. La présente mise à jour vise avant tout à clarifier les multiples enjeux de l'étude pour permettre de structurer le débat public qui s'impose.

6. Dans sa résolution 2003/39, sur l'intégrité de l'appareil judiciaire, la Commission des droits de l'homme prend note du rapport présenté par M. Louis Joinet à la Sous-Commission à sa cinquante-quatrième session et souligne que «le principe de l'intégrité de l'appareil judiciaire doit être respecté en toutes circonstances». À cet égard, la Commission:

«1. *Réaffirme* que toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, qui décidera de ses droits et obligations, ainsi que du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle;

2. *Réaffirme également* que chacun a le droit d'être jugé par des tribunaux de droit commun, c'est-à-dire des tribunaux appliquant des procédures dûment établies, et que les tribunaux qui n'appliquent pas ces procédures dûment établies conformément à la loi ne doivent pas être institués pour se substituer à la juridiction des tribunaux de droit commun ou judiciaires;

[...]

9. *Demande* aux États qui ont institué des tribunaux militaires pour juger les auteurs d'infractions pénales de veiller à ce que ces tribunaux fassent partie intégrante de l'appareil judiciaire normal et appliquent les procédures dûment établies.»

7. C'est dans le cadre des principes généraux de la bonne administration de la justice qu'il importe de situer le développement de la «justice militaire». Il n'y a pas lieu de revenir ici sur les causes historiques de ce phénomène, analysées dans les précédents rapports, mais il s'agit d'en souligner les conséquences juridiques au regard du droit international des droits de l'homme. Les principes de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, tout comme les conventions régionales ou les autres instruments pertinents sont sans ambiguïté en matière de justice. Les dispositions concernant la bonne administration de la justice ont une portée générale. Autrement dit, la justice militaire doit faire «partie intégrante de l'appareil judiciaire normal», pour reprendre la formule de la Commission.

8. À ce principe de banalisation s'est longtemps opposée la logique d'exception qui a souvent présidé à la création des juridictions militaires. Les travaux de la Sous-Commission sur les situations dites «d'état de siège» ou «d'exception», puis sur les droits de l'homme et les états d'exception, ont permis de mesurer l'ampleur du phénomène et d'en souligner deux griefs majeurs: «a) Sa tendance à conforter de plus en plus l'impunité des militaires, notamment de haut rang, responsables de violations des droits de l'homme constitutives de crimes graves selon le droit international (crimes de guerre, crimes contre l'humanité, voire génocide); b) Sa tendance à étendre de plus en plus sa compétence à l'égard de la société civile pacifique» (E/CN.4/Sub.2/2002/4, par. 4).

9. Devant un tel bilan, deux solutions sont possibles sans être incompatibles: recommander la suppression pure et simple des tribunaux militaires à une échéance plus ou moins rapprochée, comme le soulignait le précédent rapport lorsqu'il rappelait que «l'objectif à long terme doit tendre à la suppression des tribunaux militaires et, dans un premier temps, de ceux compétents en temps de paix, en transférant leur contentieux aux juridictions ordinaires», tout en faisant des recommandations qui «tendent, dans l'immédiat, à améliorer les garanties de procédure et les règles de compétence de ces juridictions» (ibid., par. 29).

10. Reste que ce bilan serait incomplet s'il ne prenait pas en considération une nouvelle évolution, signalée dans le précédent rapport comme des pistes futures de recherche, à savoir l'administration de la justice par des juridictions d'exception autres que les tribunaux militaires ainsi que l'administration de la justice au cours des opérations de maintien ou de rétablissement de la paix menées par des forces armées sous mandat. Et l'on pourrait ajouter, sans mandat. Cet aspect important du sujet devrait être en partie abordé par le document de travail élaboré par M^{me} Françoise Hampson, conformément à la décision 2002/104 de la Sous-Commission, qui vise le champ des activités et de la responsabilité des forces armées, de la police civile des Nations Unies, des fonctionnaires internationaux et des experts participant à des opérations de soutien de la paix. De même, devrait être pleinement pris en compte le nouveau rapport intérimaire établi par la Rapporteuse spéciale, M^{me} Kalliopi Koufa, sur le terrorisme et les droits de l'homme, conformément à la résolution 2002/24 de la Sous-Commission.

11. Dans ce contexte nouveau, le risque n'est pas tant la militarisation de la justice que le déni de justice. Entre une démilitarisation de la justice, qui serait hors de portée pour certains, et une justice d'exception, tournant le dos aux principes de droit commun, il y a place pour une réflexion sur la spécificité de l'administration de la justice par les tribunaux militaires, en tant que partie intégrante de l'appareil judiciaire normal. Il ne s'agit donc pas d'opposer la norme à l'exception ou l'exception à la norme, mais bien d'intégrer l'exception dans la norme, dans le plein respect des principes de la bonne administration de la justice.

12. Il importe d'abord de prendre l'exacte mesure du phénomène en examinant les compétences des tribunaux militaires et les limites qui y sont apportées (chap. I), puis de veiller au respect des garanties d'un procès équitable dans l'administration de la justice par les tribunaux militaires (chap. II).

I. COMPÉTENCES DES TRIBUNAUX MILITAIRES

13. Dans le précédent rapport, l'analyse a principalement porté sur la typologie de la compétence des tribunaux militaires, mettant l'accent sur les compétences au regard des personnes, en distinguant le jugement de civils et le jugement de militaires auteurs de violations graves des droits de l'homme et en faisant écho aux deux griefs majeurs déjà cités. Cette distinction fondamentale peut être utilement complétée par la prise en compte des situations, notamment l'opposition entre temps de paix et temps de guerre, mais également la distinction entre différentes infractions incriminées, même si ces distinctions se recoupent nécessairement.

A. Compétence *ratione personae*

1. Le jugement de civils par des tribunaux militaires

14. Plusieurs cas de figure sont à considérer:

- a) Le jugement de civils qui ont un lien de rattachement avec l'armée (cas des civils qui suivent les armées et des fonctionnaires civils de l'armée);
- b) Le jugement de civils n'ayant aucun lien fonctionnel avec l'armée pour des infractions commises contre une personne relevant de l'autorité militaire (compétence personnelle passive des tribunaux militaires);
- c) Le jugement de civils qui n'ont aucun lien fonctionnel avec l'armée pour des infractions commises contre un bien ou une installation militaire ou parce que le lieu de commission de l'infraction est un site militaire (compétence territoriale des tribunaux militaires);
- d) Le jugement de civils pour des infractions commises conjointement par des civils et des militaires: soit l'infraction est de nature strictement militaire (dans ce cas, les civils sont en général poursuivis en tant que complices); soit l'infraction n'est pas de nature strictement militaire et relève des infractions de droit commun;
- e) Le jugement de civils pour des infractions de droit commun. S'agissant en particulier d'infractions de nature dite «politique», l'interprétation extensive de cette compétence peut porter atteinte aux libertés d'expression, d'association et de manifestation pacifique.

15. Dans toutes ces hypothèses, déjà évoquées dans les précédents rapports, ce qui prédomine, c'est l'attraction du civil par le militaire, c'est-à-dire la soustraction de l'individu à son «juge naturel», le juge de droit commun, et sa soumission à une juridiction d'exception, la justice militaire. Dès lors, l'égalité des armes entre les parties au procès ne saurait être respectée, ni le principe d'impartialité du tribunal établi.

16. Le Comité des droits de l'homme, dans son Observation générale n° 13 adoptée à sa vingt et unième session, le 12 avril 1984, au sujet de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a bien montré les risques en la matière:

«4. Les dispositions de l'article 14 s'appliquent à tous les tribunaux et autres organes juridictionnels de droit commun ou d'exception inclus dans son champ d'application. Le Comité note l'existence, dans de nombreux pays, de tribunaux militaires ou d'exception qui jugent des civils, ce qui risque de poser de sérieux problèmes en ce qui concerne l'administration équitable, impartiale et indépendante de la justice. Très souvent, lorsque de tels tribunaux sont constitués, c'est pour permettre l'application de procédures exceptionnelles qui ne sont pas conformes aux normes ordinaires de la justice. S'il est vrai que le Pacte n'interdit pas la constitution de tribunaux de ce genre, les conditions qu'il énonce n'en indiquent pas moins clairement que le jugement de civils par ces tribunaux devrait être très exceptionnel et se dérouler dans des conditions qui respectent véritablement toutes les garanties stipulées à l'article 14. Le Comité a noté un grave manque d'informations à cet égard dans les rapports de certains États parties dont les institutions judiciaires comprennent des tribunaux de cette nature pour le jugement

de civils. Dans certains pays, ces tribunaux militaires et d'exception n'offrent pas les strictes garanties d'une bonne administration de la justice conformément aux prescriptions de l'article 14, qui sont indispensables à la protection effective des droits de l'homme. Si les États décident dans des situations de danger public, comme il est envisagé à l'article 4, de déroger aux procédures normales prévues par l'article 14, ils doivent veiller à ce que pareilles dérogations n'aillent pas au-delà de celles qui sont rigoureusement requises par les exigences de la situation réelle, et qu'elles respectent les autres conditions du paragraphe 1 de l'article 14.».

17. De son côté, le Rapporteur spécial sur l'indépendance des juges et des avocats considérait en 1998 que, «pour ce qui est du recours à des tribunaux militaires pour juger des civils, un consensus se dégage en droit international quant à la nécessité de limiter cette pratique radicalement, ou même de l'interdire»². Le Groupe de travail sur la détention arbitraire a estimé pour sa part que, «si une forme quelconque de justice militaire devait subsister, elle devrait, en tout état de cause, être soumise» à une règle d'«incompétence pour juger des civils (...)»³.

18. Les juridictions régionales, longuement citées dans le précédent rapport, dans le cadre européen et interaméricain, vont dans le même sens. Ainsi, dans son arrêt du 26 novembre 1997 dans l'affaire *Sakik et autres c. Turquie*, la Cour européenne des droits de l'homme «attache (...) de l'importance à la circonstance qu'un civil a dû comparaître devant une juridiction composée, même en partie seulement, de militaires». Sur le plan interne, on peut citer le cas exemplaire de la Constitution mexicaine, qui, depuis 1917, écarte tout procès de civils devant la justice militaire (art. 13).

19. Un cas particulier est celui des mineurs, qu'il s'agisse d'enfants soldats ou de mineurs détenus dans le cadre d'un conflit armé. Il faut souligner l'importance des règles protectrices de la Convention relative aux droits de l'enfant, notamment les articles 38 à 40, ainsi que des normes internationales relatives à la justice des mineurs. Plusieurs rapporteurs spéciaux de la Commission ont signalé des violations flagrantes dans ce domaine, notamment quand la peine de mort est prononcée par une juridiction militaire, sans aucune possibilité d'appel, en ne prenant pas en compte l'âge des mineurs condamnés (voir l'appel urgent adressé au Gouvernement de la République démocratique du Congo par M^{me} Jahangir, Rapporteuse spéciale sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires [E/CN.4/2002/74, par. 108]). De son côté, M. John Dugard, Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés par Israël depuis 1967, évoque le sort des mineurs «soupçonnés d'avoir jeté des pierres sur des soldats israéliens» et jugés par les tribunaux militaires de droit commun, sans considération d'âge (E/CN.4/2002/32, par. 49). A fortiori, on peut s'interroger sur le sort des enfants détenus au secret à Guantánamo Bay⁴.

2. Le jugement de militaires par des tribunaux militaires

20. Là aussi, plusieurs hypothèses peuvent être distinguées, mais deux situations limites semblent particulièrement sensibles.

21. D'abord, c'est le cas avec le jugement de militaires pour une mise en cause de leur responsabilité de droit commun, que ce soit une responsabilité pour faute ou pour risque, lorsque la ou les victimes sont civile(s). C'est le cas par exemple lorsqu'un militaire cause un accident, notamment à l'étranger, la compétence d'une juridiction militaire le soustrayant ainsi à la

compétence de la juridiction territoriale de droit commun. Le Groupe de travail sur la détention arbitraire, dans sa prise de position précitée (*supra*, par. 17), a également souligné la nécessité de soumettre la justice militaire à un principe d'«incompétence pour juger des militaires s'il y a des civils parmi les victimes».

22. A fortiori, c'est aussi le cas avec le jugement, par des tribunaux militaires, de militaires auteurs de violations des droits de l'homme constitutives de crimes graves, qui reste l'une des causes majeures de l'impunité. Cette pratique tend à porter atteinte au droit, garanti par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qu'a toute personne à un recours utile (art. 2, par. 3, al. a), à ce que sa cause soit entendue équitablement par un tribunal indépendant et impartial (art. 14, par. 1) ainsi qu'à la protection de la loi sans discrimination (art. 26). Un consensus se dégage, là aussi, comme le rappelait le rapport précédent, d'une part, sur la nécessité d'exclure du champ de compétence des tribunaux militaires les violations graves des droits de l'homme commises par des membres des forces armées ou de la police et, d'autre part, pour que les exécutions extrajudiciaires, la torture et les disparitions forcées ne soient pas considérées comme des infractions militaires ou des actes de service (voir *infra*).

23. Resterait un champ réduit où la justice militaire serait compétente pour juger des affaires concernant les militaires entre eux ou les relations des militaires avec les pouvoirs publics. Mais, là encore, des limites s'imposent selon les matières concernées.

B. Compétence *ratione temporis*

24. La distinction fondamentale entre l'administration de la justice par les tribunaux militaires en temps de paix et en temps de guerre servait de structure au questionnaire établi dans le rapport intérimaire (E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.3).

1. La distinction entre temps de guerre et temps de paix

25. La tendance vers une abolition des tribunaux militaires en temps de paix a déjà été soulignée. Ainsi, en vertu de l'article 84 de la loi constitutionnelle fédérale autrichienne, «les juridictions militaires sont abolies, sauf en temps de guerre». Le Code pénal militaire de 1970 est appliqué par les juridictions de droit commun. Par ailleurs, il subsiste des tribunaux militaires disciplinaires qui appliquent le Code de discipline militaire de 1994. L'article 213 de la Constitution portugaise précise que «des tribunaux militaires seront constitués pendant la durée de l'état de guerre. Ils seront compétents pour juger les crimes de nature strictement militaire». A contrario, la suppression des tribunaux militaires en temps de paix a été prévue par la révision constitutionnelle de 1997, mais ceux-ci restent en fonction jusqu'à l'adoption de la législation organisant le transfert de leurs compétences, en vertu de l'article 211-3 de la Constitution: «Les tribunaux de première ou de deuxième instance qui statuent sur des crimes de nature strictement militaire comprennent un ou plusieurs juges militaires, conformément à la loi.»

26. La distinction de principe entre situation de paix et situation de guerre est souvent doublée d'une distinction *ratione loci*, opposant la sanctuarisation du territoire national, soumis aux juridictions civiles, et les opérations militaires à l'extérieur. Ainsi, en vertu de l'article 96 de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne:

«2. La Fédération peut créer des tribunaux disciplinaires pour les forces armées au titre de tribunaux fédéraux. Ils ne peuvent exercer la juridiction pénale qu'en cas d'état de défense et uniquement sur les membres des forces armées qui sont envoyées à l'étranger ou embarquées sur des navires de guerre. Les modalités sont réglées par une loi fédérale. Ces tribunaux sont du ressort du Ministre fédéral de la justice. Leurs juges titulaires doivent avoir la capacité judiciaire.

3. La Cour suprême pour les tribunaux cités aux paragraphes 1 et 2 est la Cour de cassation.».

27. C'est aussi le cas de l'article premier du Code de justice militaire français:

«La justice militaire est rendue sous le contrôle de la Cour de cassation:

- En temps de paix et pour les infractions commises hors du territoire de la République, par le tribunal aux armées de Paris et, en cas d'appel, par la cour d'appel de Paris;
- En temps de guerre, par les tribunaux territoriaux des forces armées et par les tribunaux militaires aux armées ...».

28. La distinction est également à la base de l'article 103 (par. 3) de la Constitution italienne: «Les tribunaux militaires, en temps de guerre, ont la compétence fixée par la loi. En temps de paix, cette compétence n'a trait qu'aux délits militaires, commis par des membres des forces armées.».

2. La différenciation des situations de crise

29. S'agissant des situations de crise, plusieurs hypothèses très différentes doivent être distinguées.

30. D'une part, il y a les situations relevant du droit international humanitaire, qu'il s'agisse de conflits armés internationaux ou de conflits armés non internationaux au sens des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève. Il faut notamment rappeler l'article 84 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre:

«Seuls les tribunaux militaires pourront juger un prisonnier de guerre, à moins que la législation de la puissance détentricrice n'autorise expressément des tribunaux civils à juger un membre des forces armées de cette puissance pour la même infraction que celle pour laquelle le prisonnier de guerre est poursuivi.

En aucun cas, un prisonnier de guerre ne sera traduit devant quelque tribunal que ce soit qui n'offrirait pas les garanties essentielles d'indépendance et d'impartialité généralement reconnues et, en particulier, dont la procédure ne lui assurerait pas les droits et moyens de la défense prévus à l'article 105.».

31. Toutes les dispositions de la Convention visent à garantir une stricte égalité de traitement, garantie «par les mêmes tribunaux et suivant la même procédure qu'à l'égard des personnes appartenant aux forces armées de la puissance détentricrice» (art. 102), tout en prévoyant des

protections spécifiques propres à la situation des prisonniers de guerre. Enfin, en vertu de l'article 5, s'il y a un doute sur la qualification de prisonniers de guerre, s'agissant «des personnes qui ont commis un acte de belligérance et qui sont tombées aux mains de l'ennemi, lesdites personnes bénéficieront de la protection de la Convention en attendant que leur statut ait été déterminé par un tribunal compétent».

32. D'autre part, il y a les opérations internationales de rétablissement ou de maintien de la paix, sous mandat international. Ces situations marquent non seulement des compétences propres aux temps de crise, mais aussi des distinctions selon les personnes, personnels militaires de son armée ou des armées alliées, soldats ennemis ou populations civiles, et selon le lieu, avec la question des compétences extraterritoriales. L'étude de M^{me} Hampson devrait permettre de clarifier des distinctions que les crises actuelles ont contribué à brouiller.

33. Enfin, il faut faire une place à part aux situations d'exception, sur le plan interne, qui ne relèvent pas à proprement parler du droit international humanitaire, mais où des règles dérogatoires du droit commun sont appliquées. Si l'on se réfère à l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques:

«1. Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale.».

34. De plus, le paragraphe 2 de l'article 4 précise les dispositions du Pacte indérogeables. Il est aujourd'hui très largement admis que le droit à un recours fait désormais partie de ce «noyau dur» des droits indérogeables, au même titre que le principe de non-discrimination, quelles que soient les circonstances. Les garanties d'un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial ne peuvent être remises en cause. Les législations d'exception doivent être envisagées à la lumière de ces principes, notamment celles qui ont été mises en place pour répondre à la menace du terrorisme, cette question essentielle faisant par ailleurs l'objet du rapport de M^{me} Koufa, Rapporteuse spéciale.

C. Compétence *ratione materiae*

1. Les infractions pénales militaires

35. La première difficulté au regard de la compétence matérielle des juridictions militaires est de définir la notion même d'infraction militaire. La question ne se pose pas seulement au plan interne, puisque la notion est visée dans des traités internationaux, comme les accords d'extradition.

36. C'est le cas du Traité de droit international adopté à Montevideo en 1940, qui se réfère à des infractions essentiellement militaires, à l'exclusion de celles qui relèvent du droit commun (art. 20), ou de la Convention européenne d'extradition de 1957, qui vise à son article 4 les «infractions militaires» pour préciser que «l'extradition à raison d'infractions militaires

qui ne constituent pas des infractions de droit commun est exclue du champ d'application de la présente Convention». Il en va de même du Traité modèle des Nations Unies sur l'extradition (art. 3, al. c). Dans les trois cas, cette référence a pour objet d'écarter l'extradition. De même sur le plan bilatéral on peut citer le Traité d'extradition entre la France et les États-Unis de 1996, dont l'article 5, sous le titre «Infractions militaires», stipule que «l'extradition n'est pas accordée si l'infraction pour laquelle elle est demandée est une infraction exclusivement militaire».

37. Sur le plan interne, une étude de droit comparé des différents codes de justice militaire serait très utile, que ce code soit appliqué par une juridiction de droit commun ou par une juridiction spécialisée. En particulier, il conviendrait de délimiter la notion de «délit (ou crime) militaire» en veillant qu'elle ne mette pas indûment en cause des civils et de préciser la distinction entre infractions pénales militaires *stricto sensu* et infractions ou fautes disciplinaires.

38. A contrario, certaines incriminations devraient échapper aux juridictions militaires. C'est le cas de l'objection de conscience, dans la mesure où, comme le relevait la résolution 1998/77 de la Commission des droits de l'homme, il incombe aux États de mettre en place des organes indépendants et impartiaux chargés de déterminer si l'objection de conscience au service militaire repose sur des convictions sincères. Par définition, des tribunaux militaires seraient juges et parties en la matière. Les objecteurs de conscience sont des civils, qui doivent relever d'instances civiles. Or, lorsque le droit à l'objection de conscience, qui est pourtant une composante essentielle du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion inscrit dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, n'est pas reconnu par la loi, l'objecteur de conscience est traité comme un déserteur et le Code pénal militaire lui est appliqué.

39. À tout le moins, comme le prévoyait déjà la recommandation n° R (87) 8 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe en matière de procédure relative à la reconnaissance de la qualité d'objecteur de conscience:

«5. L'examen de la demande doit comporter toutes les garanties nécessaires à une procédure équitable;

6. Le demandeur doit pouvoir exercer un droit de recours contre la décision de première instance;

7. L'organe d'appel doit être séparé de l'administration militaire et d'une composition qui lui assure l'indépendance.»⁵.

2. Les violations des droits de l'homme

40. Face à la définition d'infractions militaires par nature s'impose aujourd'hui de plus en plus clairement l'idée selon laquelle le procès d'auteurs de violations des droits de l'homme ne peut se faire devant des tribunaux militaires, comme s'il y avait une sorte de dénaturation faisant perdre aux militaires leur privilège de juridiction pour prendre pleinement en compte les droits des victimes.

41. Le paragraphe 2 de l'article 16 de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, proclamée par l'Assemblée générale dans sa résolution 47/133 du 18 décembre 1992, stipule que les auteurs de disparitions forcées «ne peuvent être jugés

que par des juridictions de droit commun compétentes, dans chaque État, à l'exclusion de toute autre juridiction spéciale notamment militaire».

42. Ce principe trouve un écho dans la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, de 1994, dont l'article IX précise que:

«Les auteurs présumés des faits constitutifs du délit de disparition forcée des personnes peuvent être jugés uniquement par les juridictions de droit commun compétentes dans chaque État. Aucune autre juridiction spéciale ne sera autorisée, notamment la juridiction militaire.

Les faits constitutifs de la disparition forcée ne peuvent pas être réputés commis dans l'exercice des fonctions militaires.».

43. La portée de ce principe se trouve généralisée dans le projet de Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire, qui dans son principe 25 *i*, mentionne des

«Mesures visant à prévenir le renouvellement des violations, notamment:
ii) En limitant la compétence des tribunaux militaires aux seules infractions spécifiquement militaires, commises par des militaires.».

44. De même, l'Ensemble de principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, annexe II) contient un principe 31 intitulé «Restrictions à la compétence des tribunaux militaires» qui dispose:

«Afin d'éviter que, dans les pays où ils n'ont pas encore été abrogés, les tribunaux militaires ne contribuent à la pérennisation de l'impunité en raison d'une insuffisante indépendance due au lien de subordination hiérarchique auquel sont soumis tout ou partie de leurs membres, leur compétence doit être limitée aux seules infractions spécifiquement militaires commises par des militaires, à l'exclusion des violations des droits de l'homme, qui relèvent de la compétence des juridictions ordinaires internes ou, le cas échéant, s'agissant de crimes graves selon le droit international, d'une juridiction pénale internationale.».

II. GARANTIES D'UN PROCÈS ÉQUITABLE

45. Si l'on admet que les juridictions militaires sont, dans leur sphère de compétence spécifique, «partie intégrante de l'appareil judiciaire normal», il importe d'en tirer toutes les conséquences quant à leur statut, leur organisation et leur fonctionnement.

A. Légalité des tribunaux militaires

1. La création des tribunaux militaires par la constitution ou la loi

46. Les «Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature» adoptés par l'Assemblée générale en 1985 précisent que «L'indépendance de la magistrature est garantie par l'État et énoncée dans la Constitution ou la législation nationales. Il incombe à toutes les

institutions, gouvernementales et autres de respecter l'indépendance de la magistrature» (par. 1). Le principe de la séparation des pouvoirs va de pair avec l'exigence de garanties statutaires prévues au plus haut niveau de la hiérarchie des normes, par la constitution ou par la loi. Par ailleurs, «Chacun a le droit d'être jugé par les juridictions ordinaires selon les procédures légales établies. Il n'est pas créé de juridictions n'employant pas les procédures dûment établies conformément à la loi afin de priver les juridictions ordinaires de leur compétence» (par. 5).

47. Les États membres de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe ont fait écho à ces principes en déclarant, dans le document de la réunion de Moscou de la Conférence sur la dimension humaine de 1991, qu'ils:

«(19.1) respecteront les normes internationalement reconnues en ce qui concerne l'indépendance des juges et des avocats, ainsi que le fonctionnement impartial de la justice, notamment les normes inscrites dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques;

(19.2) en appliquant ces normes et engagements, veilleront particulièrement à ce que l'indépendance de la magistrature soit garantie et inscrite dans la constitution ou dans la législation nationale et qu'elle soit effectivement respectée, en accordant une attention particulière aux principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature, qui ont pour objet, notamment:

- i) D'interdire que la magistrature soit soumise à des influences abusives;
- ii) D'empêcher que les décisions judiciaires puissent être révisées par les autorités administratives, sous réserve du droit des autorités compétentes d'atténuer ou de commuer les peines prononcées par des magistrats conformément à la loi;».

48. Ces principes impliquent clairement que des juridictions militaires ou d'autres juridictions d'exception ne peuvent être créées par une décision du pouvoir exécutif ou de la seule autorité militaire.

49. Selon la section 8 de l'article premier de la Constitution des États-Unis d'Amérique, c'est le Congrès qui a le pouvoir *to constitute tribunals inferior to the supreme court*. Comme le précise la section 1 de l'article III, *The judicial power of the United States shall be vested in one Supreme Court and in such inferior courts as the Congress may, for time to time, ordain and establish (...)*. De ce point de vue, on doit s'interroger sur le décret militaire signé par le Président des États-Unis le 13 novembre 2001 sous le titre *Presidential Military Order on the Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War against Terrorism*. Ce décret prévoit la création de tribunaux militaires d'exception pour juger des ressortissants étrangers liés à «l'organisation connue sous le nom d'Al-Qaida» ou soupçonnés d'activités terroristes. Le Secrétaire à la défense a lui-même signé, le 21 mars 2002, un règlement n° 1 relatif à l'organisation d'une telle «Commission militaire» (*Military Commission Order n° 1*)⁶.

50. Il est significatif que les deux accords signés le 25 juin 2003 entre les États-Unis et l'Union européenne en matière d'extradition et d'entraide judiciaire comportent dans leur préambule les deux alinéas suivants:

«dans le respect des droits des personnes et de la primauté du droit,

gardant à l'esprit les garanties prévues par leurs systèmes juridiques respectifs, qui reconnaissent à une personne accusée le droit à un procès équitable, y compris le droit d'être jugée par un tribunal impartial établi par la loi».

51. Si l'on peut regretter l'absence de toute référence expresse au droit international des droits de l'homme dans le premier alinéa, le contenu de ce droit se trouve pleinement consacré dans le second alinéa, notamment le droit à un procès équitable, y compris le droit d'être jugé par un tribunal impartial établi par la loi. En ce sens, les deux accords excluent de leur champ toute juridiction «dépendante» de l'exécutif, notamment des juridictions d'exception.

2. La compatibilité avec les principes de l'État de droit

52. Certaines juridictions suprêmes ont jugé que l'existence d'une juridiction militaire en elle-même n'était pas compatible avec les principes constitutionnels, allant dans le sens de l'abolition pure et simple de la justice militaire. D'autres ont, au contraire, recherché si l'organisation et le fonctionnement des juridictions militaires assuraient les garanties requises.

53. Ainsi, la Haute Cour de justice d'Afrique du Sud (*High Court of South Africa*) a considéré dans un arrêt du 1^{er} mars 2001 que les tribunaux militaires étaient inconstitutionnels parce qu'ils violaient le droit à l'égalité des militaires devant les tribunaux. Nombre de pays ont aboli toute juridiction militaire en temps de paix – de manière générale ou en laissant subsister quelques rares exceptions, comme l'Allemagne, l'Autriche, le Danemark, la France, la Guinée, le Japon, la Norvège, les Pays-Bas, le Sénégal, la Suède. De même, plusieurs démocraties rétablies ont décidé la suppression des tribunaux militaires. C'est le cas de la Hongrie depuis 1991, de la République tchèque depuis 1993 (loi n° 284/1993), de la Croatie, remettant en cause, en 1996, l'article 101 de la Constitution, de l'Estonie et de la Slovénie. Des réformes radicales sont en gestation au Portugal et en Belgique.

54. De son côté, la Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la première partie de la loi constitutionnelle de 1982, détaille les garanties juridiques de tout inculpé, en ne mentionnant qu'une seule dérogation au droit commun concernant la justice militaire. L'article 11 se lit comme suit:

«Tout inculpé a le droit:

- a) D'être informé sans délai anormal de l'infraction précise qu'on lui reproche;
- b) D'être jugé dans un délai raisonnable;
- c) De ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;
- d) D'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

- e) De ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable;
- f) Sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;
- g) De ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations.» (...).

55. Dans l'affaire *R. c. Généreux* jugée le 13 février 1992, la Cour suprême du Canada a pu juger l'organisation des tribunaux militaires en contradiction avec les principes constitutionnels, notamment en matière de garanties d'indépendance, sans pour autant remettre en cause, en l'espèce, le principe même d'une justice militaire. Pour le juge Lamer s'exprimant au nom de la majorité: «Pour que les forces armées soient prêtes à intervenir, les autorités militaires doivent être en mesure de faire respecter la discipline interne de manière efficace [...] Le recours aux tribunaux criminels ordinaires, en règle générale, serait insuffisant pour satisfaire aux besoins particuliers des forces armées sur le plan de la discipline. Il est donc nécessaire d'établir des tribunaux distincts chargés de faire respecter les normes spéciales de la discipline militaire» (n° 22103, p. 293). La Cour européenne des droits de l'homme s'est elle-même référée, de manière tout à fait exceptionnelle, à la jurisprudence *R. c. Généreux* dans son arrêt *Morris c. Royaume-Uni* du 26 février 2002.

56. Au-delà des débats de principe sur la légalité, voire la légitimité des juridictions militaires, les enjeux juridiques concernent leur organisation et leur fonctionnement.

B. Organisation des tribunaux militaires

57. L'organisation des tribunaux militaires doit pleinement garantir leur indépendance et leur impartialité, au même titre que les juridictions ordinaires. Cela concerne aussi bien la structure des différents degrés de juridiction et l'organisation des formations de jugement que les garanties statutaires des juges⁷.

1. La typologie des juridictions militaires

58. Dans plusieurs pays, en vertu de la Constitution nationale, une organisation spécifique des juridictions militaires existe de la base au sommet. C'est le cas par exemple du Brésil avec le *Superior Tribunal Militar* ou de la Turquie avec la Haute Cour militaire d'appel. C'est également le cas de la Suisse, dont les trois degrés de juridiction, identiques en temps de paix et en temps de guerre, sont composés de militaires (premier degré, appel et cassation); il faut noter, cependant, que le Président et les membres du tribunal militaire de cassation ne sont pas nommés par le Ministre de la défense, mais élus par l'Assemblée fédérale pour quatre ans. En Espagne, la justice militaire, identique en temps de paix et en temps de guerre, est composée de militaires nommés par le Ministre de la défense, la juridiction du dernier degré étant, depuis 1987, une chambre militaire spécialisée du Tribunal suprême composée de quatre juges civils (dont le Président) et de quatre juges militaires qui, pour assurer leur indépendance, sont mis dans

une position statutaire similaire à celle de la retraite et ne peuvent plus réintégrer les forces armées. En Italie, la dominante militaire subsiste, sauf au sommet, depuis qu'en 1987 une réforme supprimant le contrôle de légalité par le Tribunal suprême militaire a donné compétence à la Cour de cassation.

59. Cette évolution se retrouve dans de nombreux pays, avec un double mouvement, d'une part la subordination des juridictions militaires de premier degré aux juridictions ordinaires supérieures, d'autre part la participation de juges civils, dans une sorte de «mixité», aux juridictions militaires. Tel est le cas du Royaume-Uni, où chacune des trois armées (air, terre, mer) dispose de ses propres juridictions militaires du premier degré. Non permanentes, elles sont composées de militaires assistés à titre d'*amicus curiae* par un juge civil qui ne participe pas aux délibérations. En revanche, depuis l'entrée en vigueur de l'*Armed Forces Discipline Act* le 2 octobre 2000, dont l'objet a été notamment de prendre en compte la Convention européenne des droits de l'homme, la justice militaire est rendue à partir du deuxième degré par des magistrats professionnels issus des juridictions ordinaires, la juridiction suprême compétente étant la Chambre des lords.

60. Le paragraphe 5 de l'article 96 de la Constitution grecque vise les tribunaux militaires pour préciser qu'ils «sont composés en majorité de membres du corps judiciaire des forces armées, qui jouissent des garanties d'indépendance personnelle et fonctionnelle prévues par l'article 87, paragraphe 1, de la présente Constitution», c'est-à-dire celles s'appliquant aux «juges ordinaires».

61. Enfin, il existe des juridictions à dominante civile. En France, depuis la suppression des tribunaux militaires du temps de paix en 1982, les infractions aux lois militaires, y compris celles de droit commun commises par des militaires dans l'exécution de leur service, relèvent de la compétence des tribunaux pénaux ordinaires composés de juges exclusivement civils, le contrôle de légalité étant assuré par la Cour de cassation, comme pour toutes les autres juridictions du pays. On note la même évolution en Allemagne, où les auteurs d'infractions militaires sont jugés, en temps de paix, par les juridictions pénales ordinaires. Le contrôle de légalité est désormais assuré par la Cour fédérale de justice et non plus par la Cour militaire suprême. Ne subsistent donc que les tribunaux pénaux militaires du temps de guerre, étant souligné que leurs décisions demeurent également soumises au contrôle de la Cour fédérale de justice, donc à des juges civils.

2. Les garanties de l'indépendance et de l'impartialité des juges militaires

62. Une étude de droit comparé s'impose également sur ce terrain, examinant le statut des juges militaires, notamment leurs relations avec la hiérarchie militaire, en vue de déterminer à quelles conditions les juges militaires ne sont pas «juges et parties» dans les affaires qui leur sont soumises. Un aspect particulier de l'étude comparée devrait porter sur la situation privilégiée du parquet militaire au regard des droits de la défense.

C. Fonctionnement des tribunaux militaires

1. La dimension interne du droit à un procès équitable

63. L'importance du plein respect des normes internationales relatives à l'administration de la justice dans le fonctionnement des tribunaux militaires n'a pas besoin d'être soulignée.

Il s'agit de s'assurer notamment, conformément à l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme; que,

«Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.».

Et que, conformément au paragraphe 1 de l'article 11,

«Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées.».

64. L'intérêt de ces garanties essentielles concernant le fonctionnement de toute justice digne de ce nom est évident. Il s'agit d'assurer à chacun le respect de ses droits fondamentaux, «en pleine égalité», sans aucune discrimination fondée sur la «situation». À cet égard, les militaires et personnels assimilés ne doivent être ni des citoyens de seconde zone, privés des droits élémentaires de bonne administration de la justice, ni des corps «privilegiés» placés au-dessus de la loi commune et assurés d'une forme d'impunité. Si des structures judiciaires parallèles sont mises en place pour des raisons fonctionnelles, en matière d'organisation des tribunaux militaires, elles doivent garantir les mêmes droits aux personnes concernées, s'agissant du fonctionnement de ces mêmes tribunaux.

65. Le rapprochement avec le droit commun est bien illustré par le paragraphe 5 de l'article 96 de la Constitution grecque qui précise à propos des «tribunaux militaires de l'armée de terre, de mer et de l'air» que «les dispositions des paragraphes 2 à 4 de l'article 93 sont applicables à propos des audiences et des arrêts de ces tribunaux». Sont ainsi visées les dispositions relatives à la publicité des audiences et à la motivation des décisions.

66. De même, le Code de procédure pénale de la Fédération de Russie entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002 régit les poursuites devant les tribunaux militaires ainsi que toutes les procédures d'instruction préliminaire ou les poursuites engagées par le parquet militaire. Toutes les garanties prévues par le Code s'appliquent sans exception aux prévenus et aux personnes mises en cause dans les affaires pénales relevant de la compétence des tribunaux militaires⁸. Toutefois, la notion de secret semble parfois demeurer prévalente, par exemple pour les statistiques des condamnations criminelles du parquet militaire général⁹.

2. La portée internationale du droit à un procès équitable

67. Par ailleurs, ces garanties sont nécessaires au bon fonctionnement de la coopération pénale internationale. Ainsi, le paragraphe 2 de l'article 17 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale concernant les questions relatives à la recevabilité stipule:

«Pour déterminer s'il y a manque de volonté de l'État dans un cas d'espèce, la Cour considère l'existence, eu égard aux garanties d'un procès équitable reconnues par le droit international, de l'une ou de plusieurs des circonstances suivantes:

- a) La procédure a été ou est engagée ou la décision de l'État a été prise dans le dessein de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour les crimes relevant de la compétence de la Cour visés à l'article 5;
- b) La procédure a subi un retard injustifié qui, dans les circonstances, est incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée;
- c) La procédure n'a pas été ou n'est pas menée de manière indépendante ou impartiale mais d'une manière qui, dans les circonstances, est incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée.».

68. Pour permettre au principe de complémentarité énoncé au paragraphe 1 de l'article 17 de s'appliquer, il importe de veiller au respect des «garanties d'un procès équitable reconnues par le droit international». Curieusement le Statut de Rome de la Cour pénale internationale n'envisage ainsi qu'une série d'hypothèses, supposant la «mauvaise foi» de l'État pour couvrir des agissements criminels, mais non la situation inverse où les droits de la défense seraient bafoués par la justice nationale.

69. On peut également signaler, dans le cadre national, que le projet de révision de la loi belge de 1993 dite «de compétence universelle» limite la possibilité d'enregistrement d'une plainte à une double condition: s'il y a un point de rattachement clair avec la Belgique et si l'auteur présumé des faits est un ressortissant d'un pays qui n'incrimine pas les faits en cause ou qui ne garantit pas un procès équitable.

70. De manière plus générale, la notion de procès équitable est fondamentale pour la bonne application du principe *non bis idem* tout comme pour le bon fonctionnement des accords d'extradition. La détermination des normes internationales, régionales et nationales à laquelle le présent rapport vise à contribuer est donc d'autant plus importante s'agissant de l'administration de la justice par les tribunaux militaires.

III. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

71. Le présent rapport montre qu'un processus en cours tend à la «démilitarisation» progressive de l'administration de la justice par les tribunaux militaires, dans un double mouvement de limitation de leurs compétences et de renforcement des garanties d'un procès équitable afin d'en faire une «partie intégrante de l'appareil judiciaire normal».

72. Ce processus est marqué notamment par les grandes évolutions suivantes:

- a) Limitation de la compétence des tribunaux militaires aux personnels militaires et assimilés et, a contrario, incompetence de ces tribunaux pour juger des civils;
- b) Distinction entre délit (ou crime) de droit commun, délit (ou crime) militaire (infraction pénale militaire) et infraction (ou faute) disciplinaire;
- c) Suppression des tribunaux militaires du temps de paix, avec une compétence des juridictions de droit commun ou, de manière résiduelle, de tribunaux disciplinaires;

- d) Renforcement des garanties d'indépendance et d'impartialité des juridictions militaires;
- e) Introduction de juges civils dans la composition des juridictions militaires;
- f) Renforcement des droits de la défense et présence d'avocats librement choisis par le prévenu;
- g) Transfert devant les juridictions ordinaires de l'exercice des voies de recours, spécialement en ce qui concerne le contrôle de légalité, qui est de plus en plus souvent assuré par les cours suprêmes ordinaires;
- h) Limitation de plus en plus fréquente du jugement, par des tribunaux militaires, des membres des forces armées auxquels sont imputées des violations graves des droits de l'homme, notamment lorsqu'elles constituent des crimes graves selon le droit international;
- i) Adaptation des juridictions militaires aux développements récents du droit international pénal, notamment la création de la Cour pénale internationale.

73. Les développements qui précèdent conduisent à proposer les recommandations révisées suivantes, visant à améliorer les règles de compétence et les garanties de procédure de ces juridictions. Ces améliorations concrètes présentent l'avantage de pouvoir être prises en considération quelle que soit, du point de vue typologique, la composition ou la compétence des juridictions militaires concernées et de ne pas préjuger des conclusions du débat de principe sur l'existence même des juridictions militaires, que ce soit en temps de paix ou en temps de guerre.

RECOMMANDATION N° 1

Incompétence des juridictions militaires pour juger des civils

74. Lorsque leur existence est prévue par la constitution ou la loi, les juridictions militaires devraient, par principe, être incompétentes pour juger des civils et voir leur compétence limitée aux personnels militaires et assimilés.

RECOMMANDATION N° 2

Jugement des auteurs de violations graves des droits de l'homme

75. En toutes circonstances, la compétence des juridictions militaires devrait être écartée au profit de celles des juridictions ordinaires pour juger les auteurs de violations graves des droits de l'homme telles que les exécutions extrajudiciaires, les disparitions forcées, la torture, etc.

RECOMMANDATION N° 3

Limitations des effets du secret défense

76. Les règles permettant d'invoquer le secret défense ne doivent pas être détournées de leur finalité pour entraver le cours de la justice. Le secret défense peut certes être invoqué, sous la supervision d'instances indépendantes de contrôle, lorsqu'il s'agit de protéger des informations

susceptibles d'intéresser les services d'intelligence étrangers. Il doit en revanche être écarté en ce qui concerne les mesures de privation de liberté, qui, en aucun cas, ne doivent demeurer secrètes, qu'il s'agisse de l'identité ou de la localisation des personnes détenues au secret.

RECOMMANDATION N° 4

Garanties de l'*habeas corpus*

77. Le droit de présenter une requête en *habeas corpus* ou un *recurso de amparo* doit être considéré comme un droit attaché à la personne, dont la garantie doit relever, en toutes circonstances, de la compétence exclusive de la justice ordinaire. Le secret défense ne doit en conséquence pas être opposé lorsqu'est présentée une telle requête, tant en temps de paix qu'en temps de guerre. De même, le juge doit pouvoir accéder au lieu de détention où se trouve la personne privée de liberté sans que, là encore, le secret défense ne puisse être opposé au motif qu'il s'agit de locaux militaires.

RECOMMANDATION N° 5

Droit à un tribunal indépendant et impartial

78. Lorsque les juridictions militaires subsistent, leur organisation et leur fonctionnement doivent pleinement assurer le droit de toute personne à un tribunal indépendant et impartial, en garantissant notamment l'indépendance statutaire des juges par rapport à la hiérarchie militaire. La présence de juges civils dans la composition des tribunaux militaires ne peut que renforcer l'impartialité de ces juridictions.

RECOMMANDATION N° 6

Publicité des débats

79. Comme dans les matières de droit commun, la publicité des débats doit être la règle, et la tenue d'audiences à huis clos doit rester tout à fait exceptionnelle et faire l'objet d'une décision spécifique et motivée, soumise à un contrôle de légalité.

RECOMMANDATION N° 7

Renforcement des droits de la défense, notamment par la suppression de la fonction d'avocat militaire

80. La pratique de l'assistance juridique par des avocats militaires, spécialement lorsqu'ils sont désignés d'office, n'est pas conforme au respect des droits de la défense. Du simple point de vue de la théorie dite des «apparences», la présence d'avocats militaires nuit à la crédibilité de ces juridictions. La fonction d'avocat militaire devrait être supprimée et le libre choix de son avocat être garanti à l'accusé.

RECOMMANDATION N° 8

Accès des victimes à la procédure

81. Dans de nombreux pays, la victime est écartée de l'instruction dès lors qu'est compétente une juridiction militaire. Cette inégalité flagrante devant la loi devrait être supprimée ou, dans cette attente, strictement limitée. La victime devrait être obligatoirement présente ou représentée dès lors qu'elle en fait la demande, à tout le moins lors des audiences de jugement, avec accès préalable à la totalité des pièces du dossier.

RECOMMANDATION N° 9

Exercice des voies de recours devant les juridictions ordinaires

82. Dans tous les cas où les tribunaux militaires subsistent, leur compétence devrait être limitée au premier degré de juridiction. Par conséquent, les voies de recours, notamment l'appel, devraient être exercées devant les juridictions civiles. En toute hypothèse, le contentieux de la légalité doit être assuré par la juridiction civile suprême. Ces voies de recours devraient en outre être ouvertes aux victimes, ce qui suppose que ces dernières soient admises dans la procédure, notamment lors de la phase de jugement.

RECOMMANDATION N° 10

Interprétation restrictive du principe dit «d'obéissance due»

83. Le principe d'obéissance due, souvent invoqué devant les juridictions, notamment militaires, devrait en toutes circonstances faire l'objet d'un contrôle de légalité par la juridiction civile suprême et être assorti des limitations suivantes:

a) D'une part, le fait, pour l'auteur de violations, d'avoir agi sur ordre d'un supérieur ne devrait pas l'exonérer de sa responsabilité pénale. Tout au plus, cette circonstance pourrait être considérée comme un motif non de «circonstances atténuantes», mais de diminution de la peine;

b) D'autre part, les violations commises par un subordonné n'exonèrent pas ses supérieurs hiérarchiques de leur responsabilité pénale s'ils savaient ou avaient des raisons de savoir que leur subordonné commettait ou était sur le point de commettre de telles violations et s'ils n'ont pas pris les mesures en leur pouvoir pour empêcher ces violations ou réprimer leur auteur.

RECOMMANDATION N° 11

Objection de conscience au service militaire

84. Le statut des objecteurs de conscience devrait être déterminé sous le contrôle d'une juridiction civile indépendante et impartiale, dans la mesure où les «objecteurs de conscience» sont des civils. Lorsque la demande de statut est présentée au cours du service militaire, elle ne devrait pas être sanctionnée comme un acte d'insoumission ou de désertion, mais examinée selon la même procédure.

RECOMMANDATION N° 12

Suppression de la compétence des tribunaux militaires pour juger les enfants et mineurs de moins de 18 ans

85. Les mineurs, relevant de la catégorie des personnes vulnérables, doivent être poursuivis et jugés dans le strict respect des garanties prévues par la Convention relative aux droits de l'enfant et par l'Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing). Ils ne devraient pas, par conséquent, être soumis à la compétence des juridictions militaires.

RECOMMANDATION N° 13

Exclusion de la peine de mort, notamment à l'égard des mineurs

86. L'évolution constatée en faveur de l'abolition progressive de la peine capitale, y compris en matière de crimes internationaux, devrait s'étendre à la justice militaire, qui présente des garanties moindres que celles de la justice ordinaire alors que, par nature, l'erreur judiciaire est, en l'espèce, irréversible. En particulier, l'interdiction de la peine de mort à l'encontre des personnes vulnérables, et notamment des mineurs, doit être respectée dans toutes les circonstances.

Notes

¹ Adresse Internet de la Société internationale de droit militaire et de droit de la guerre:
www.soc-mil-law.org.

² E/CN.4/1998/39/Add.1, par. 78.

³ E/CN.4/1999/63, par. 80.

⁴ *Sunday Times*, 22 juin 2003.

⁵ Voir le rapport de Dick Marty intitulé «Exercice du droit à l'objection de conscience au service militaire dans les États membres du Conseil de l'Europe», Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, doc. 8809, 13 juillet 2000.

⁶ Voir notamment le rapport de Kevin McNamara intitulé «Droits des personnes détenues par les États-Unis en Afghanistan et sur la base de Guantánamo Bay», Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, doc. 9817, 26 mai 2003.

⁷ Cette analyse comparée se fonde essentiellement sur l'étude du Conseil de l'Europe précitée [DH-PR (2002) 009 rev] et mériterait d'être élargie aux autres continents.

⁸ DH-PR (2002) 009 rev, p. 35.

⁹ *Le Figaro*, 14 et 15 juin 2003.
