



**Conseil économique
et social**

Distr.
GÉNÉRALE

E/CN.4/Sub.2/2004/7
14 juin 2004

FRANÇAIS

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME

Sous-Commission de la promotion et de
la protection des droits de l'homme

Cinquante-sixième session
Point 3 de l'ordre du jour provisoire

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE, ÉTAT DE DROIT ET DÉMOCRATIE

Question de l'administration de la justice par les tribunaux militaires^{*}

Rapport présenté par Emmanuel Decaux^{}**

^{*} Le document a été présenté en retard aux services de conférence, sans la note explicative exigée par l'Assemblée générale, au paragraphe 8 de sa résolution 53/208 B, en cas de soumission tardive d'un rapport aux services de conférence.

^{**} Les notes sont reproduites dans la langue originale.

Résumé

Dans sa résolution 2003/8, la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme a demandé à M. Emmanuel Decaux de lui présenter, à sa cinquante-sixième session, une version mise à jour de son rapport (E/CN.4/Sub.2/2003/4) et de continuer ses travaux en vue de développer des principes sur l'administration de la justice par les tribunaux militaires.

Le présent document est la mise à jour demandée par la Sous-Commission et tient compte des observations faites lors de sa cinquante-cinquième session ainsi que des développements récents et des nouveaux éléments disponibles concernant le sujet.

À cet égard, le séminaire d'experts, y compris militaires, organisé par la Commission internationale de juristes (CIJ) en janvier 2004 à Genève, conformément au vœu émis par la Sous-Commission dans sa résolution 2003/8, a permis une discussion très utile des recommandations contenues dans le rapport. Il faut souhaiter qu'un nouveau séminaire d'experts, organisé par la CIJ dans le même esprit, puisse être réuni dans le courant de l'année sous les auspices du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme. De même, des séminaires régionaux seraient sans doute également utiles pour réunir des 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 de la Sous-Commission, 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).

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, elle-même précisée par la résolution 2004/32, le rapport présente une série de principes sur l'administration de la justice par les tribunaux militaires faisant suite aux recommandations dégagées dans le rapport soumis par M. Joinet à la cinquante-quatrième session (E/CN.4/Sub.2/2002/4, par. 30 et suiv.), puis révisées et complétées dans le rapport de M. Decaux à la cinquante-cinquième session (E/CN.4/Sub.2/2003/4). Ces principes, inhérents à la notion de bonne administration de la justice, concernent les règles de compétence comme les garanties de procédure qui s'imposent à la justice militaire, au nom même de la notion fondamentale de «l'unité de la justice», conformément à la grille d'analyse développée dans les précédents rapports.

À ce stade de la réflexion collective, il serait très utile que la consultation la plus large soit ouverte sur ces principes, auprès des États comme des organisations internationales et des organisations non gouvernementales, ainsi que de l'ensemble des parties prenantes au débat, pour permettre au rapporteur de tenir compte de tous les commentaires pertinents à ce sujet, en vue de la transmission d'une version consolidée, le moment venu, à la Commission des droits de l'homme.

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
Introduction	1 – 9
I. PRINCIPES SUR L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE PAR LES TRIBUNAUX MILITAIRES	10 – 58
Principe n° 1: Création des tribunaux militaires par la constitution ou la loi	10 – 13
Principe n° 2: Compétence fonctionnelle des juridictions militaires	14 – 16
Principe n° 3: Jugement des auteurs de violations graves des droits de l'homme	17 – 19
Principe n° 4: Limitation des effets du secret défense	20 – 24
Principe n° 5: Garantie de l' <i>habeas corpus</i>	25 – 27
Principe n° 6: Droit à un tribunal compétent, indépendant et impartial	28 – 30
Principe n° 7: Publicité des débats	31 – 32
Principe n° 8: Garantie des droits de la défense et procès juste et équitable.	33 – 36
Principe n° 9: Accès des victimes à la procédure	37
Principe n° 10: Exercice des voies de recours devant les juridictions ordinaires	38 – 39
Principe n° 11: Obéissance due et responsabilité du supérieur	40 – 43
Principe n° 12: Objection de conscience au service militaire	44 – 48
Principe n° 13: Incompétence des tribunaux militaires pour juger les enfants et les mineurs de 18 ans	49 – 51
Principe n° 14: Régime des prisons militaires	52
Principe n° 15: Application du droit humanitaire	53
Principe n° 16: Exclusion de la peine de mort	54 – 55
Principe n° 17: Révision des codes de justice militaire	56 – 58
II. RECOMMANDATIONS	59 – 61

Introduction

1. Dans sa résolution 2003/8, la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, accueillant avec satisfaction le rapport présenté par M. Emmanuel Decaux relatif à la question de l'administration de la justice par les tribunaux militaires (E/CN.4/Sub.2/2003/4) et notamment les recommandations qui y figurent, a demandé au rapporteur de continuer ses travaux en vue de développer des principes sur l'administration de la justice par les tribunaux militaires et de lui présenter, à sa cinquante-sixième session, une mise à jour de son rapport.
2. Le présent document est la mise à jour demandée par la Sous-Commission. Il fait suite aux travaux antérieurs sur l'administration de la justice par les tribunaux militaires menés à bien à partir du questionnaire établi par M. Louis Joinet figurant dans son rapport à la cinquante-troisième session de la Sous-Commission (E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.3, annexe), notamment le rapport de M. Joinet à la cinquante-quatrième session (E/CN.4/Sub.2/2002/4) et le rapport de M. Decaux à la cinquante-cinquième session (E/CN.4/Sub.2/2003/4), et tient compte des développements récents et des nouveaux éléments disponibles concernant le sujet.
3. À cet égard, dans sa résolution 2003/8, la Sous-Commission avait salué l'initiative prise par la Commission internationale de juristes (CIJ) d'organiser à Genève, dans le courant de l'année, un séminaire d'experts, conformément à la suggestion de M. Joinet dès son rapport à la cinquante-troisième session de la Sous-Commission, lorsqu'il proposait d'«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). M. Joinet avait repris cette suggestion dans son rapport à la cinquante-quatrième session (E/CN.4/Sub.2/2002/4, par. 4, note) et M. Decaux dans son rapport à la cinquante-cinquième session (E/CN.4/Sub.2/2003/4, par. 3). Ce séminaire, organisé par la CIJ du 26 au 28 janvier 2004 sous le titre «Les droits de l'homme et l'administration de la justice par les tribunaux militaires», a été particulièrement fructueux, réunissant experts, juristes et militaires venus de tous les systèmes juridiques et de tous les horizons géographiques, ainsi que des représentants des missions diplomatiques et des organisations non gouvernementales (ONG) basées à Genève. Il a notamment permis au rapporteur de prendre en compte des expériences très diverses et d'avoir une discussion très ouverte sur la formulation des recommandations figurant dans son dernier rapport (E/CN.4/Sub.2/2003/4, par. 74 et suiv.). Le rapporteur tient à exprimer toute sa gratitude à la CIJ pour une initiative si utile.
4. Il faut souhaiter qu'à la suite du présent rapport un nouveau séminaire d'experts, organisé dans le même esprit par la CIJ, sous les auspices du Haut-Commissariat aux droits de l'homme, permette une discussion en profondeur des principes révisés qui y sont présentés. De même, des séminaires régionaux seraient sans doute également utiles pour réunir des informations sur une base la plus diversifiée possible et permettre ainsi de faire le point des développements récents dans les différents continents. Comme il était souligné dans le précédent rapport, 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 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». La résolution 2003/8 invitait elle-même les gouvernements, les organismes compétents des Nations Unies, les institutions spécialisées,

les organisations intergouvernementales régionales et les ONG à fournir à M. Decaux des renseignements sur la question.

5. La philosophie qui inspire cette étude a été rappelée par la Commission dans sa résolution 2003/39, sur l'intégrité de l'appareil judiciaire, lorsqu'elle «prend note [...] du rapport relatif à la question de l'administration de la justice par les tribunaux militaires (E/CN.4/Sub.2/2002/4), présenté par M. Louis Joinet à la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme 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.»

6. Dans sa résolution 2004/32, adoptée sans vote le 19 avril 2004, la Commission, «prenant note de la résolution 2003/8 du 13 août 2003 de la Sous-Commission» et «soulignant que l'intégrité de l'appareil judiciaire doit être observée en toutes circonstances [...], prend acte du rapport du Rapporteur spécial sur l'indépendance des juges et des avocats (E/CN.4/2004/60 et Add.1) ainsi que du rapport présenté par M. Emmanuel Decaux à la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme sur la question de l'administration de la justice par les tribunaux militaires (E/CN.4/Sub.2/2003/4)». La Commission précise sa formulation habituelle pour demander «aux États qui ont institué des tribunaux militaires ou des tribunaux pénaux spéciaux pour juger les auteurs d'infractions pénales de veiller à ce que ces tribunaux, lorsque le droit applicable l'exige, fassent partie intégrante de l'appareil judiciaire normal et qu'ils appliquent les procédures régulières reconnues au plan international comme garantissant un procès équitable, notamment le droit de former appel d'un verdict de culpabilité et d'une condamnation» (par. 7). La formulation perd la concision qui était encore la sienne dans la résolution 2003/39, où la Commission «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» (par. 9). Il n'est pas sûr qu'elle y gagne en clarté, la formule «*while required by applicable law*» ne semblant pas plus précise en anglais qu'en français («lorsque le droit applicable l'exige»). En conclusion, la Commission «prie M. Decaux de tenir compte de la présente résolution dans la poursuite de ses travaux» (par. 9).

7. C'est dans cet esprit qu'il convient de rechercher le «droit applicable». C'est dans le cadre des principes généraux de la bonne administration de la justice qu'il importe en effet de situer le développement de la «justice militaire». Les principes de la Déclaration universelle des droits de l'homme comme 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. Cette option implique de renvoyer dos à dos deux positions extrêmes, tendant toutes deux à faire de la justice militaire une justice à part, expédiente et expéditive, hors du droit commun, qu'il s'agisse de la «sacraliser», en la plaçant au-dessus des principes fondamentaux de l'État de droit, ou de la «diaboliser», au nom des expériences historiques d'un passé encore trop récent sur bien des continents. L'alternative est simple, soit la justice militaire se conforme aux principes de la bonne administration de la justice et elle devient une justice comme les autres, soit elle entend constituer une «justice d'exception», un système à part, hors la norme, sans contrepoids ni contrôle, ouvrant la porte à tous les abus, et elle n'a plus de justice que le nom... Entre la sacralisation et la diabolisation, c'est la voie de la normalisation, de la «civilisation» de la justice militaire qui inspire le processus en cours.

8. Après avoir ainsi tenté dans son précédent rapport (E/CN.4/Sub.2/2003/4) de clarifier les multiples enjeux de l'étude pour permettre de structurer le débat public qui s'impose, le rapporteur estime désormais possible de passer à une nouvelle étape qui vise, conformément à la résolution 2003/8 de la Sous-Commission, à «développer des principes sur l'administration de la justice par les tribunaux militaires». Ces principes qui ont pour origine les recommandations figurant dans le dernier rapport de M. Joinet (E/CN.4/Sub.2/2002/4, par. 29 et suiv.) et complétées dans le rapport présenté à la cinquante-cinquième session (E/CN.4/Sub.2/2003/4). Ils ont été de nouveau révisés, à la lumière des commentaires présentés par les experts, notamment militaires, à l'occasion du séminaire international organisé par la CIJ en janvier 2004. L'énumération de ces principes est présentée avec un bref développement visant à en préciser le contenu et la portée.

9. À ce stade de la réflexion collective, il serait très utile que la consultation la plus large soit ouverte sur ces principes, auprès des États comme des organisations internationales et des ONG, ainsi que de l'ensemble des parties prenantes au débat, pour permettre au rapporteur de tenir compte de tous les commentaires pertinents à ce sujet, en vue de la transmission d'une version consolidée, le moment venu, à la Commission.

I. PRINCIPES SUR L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE PAR LES TRIBUNAUX MILITAIRES

PRINCIPE N° 1

Création des tribunaux militaires par la constitution ou la loi

Les juridictions militaires, lorsqu'elles existent, ne peuvent être créées que par la constitution ou la loi, dans le respect du principe de la séparation des pouvoirs. Les tribunaux militaires devraient faire partie intégrante de l'appareil judiciaire normal et appliquer les procédures régulières reconnues au plan international comme garantissant un procès équitable.

10. Les Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature adoptés en 1985 précisent que «l'indépendance de la magistrature est garantie par l'État et énoncée dans la constitution ou la législation nationale. 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, en évitant toute immixtion du pouvoir exécutif ou de l'autorité militaire dans le fonctionnement de la justice.

11. La question de principe portant sur la légitimité des juridictions militaires n'a pas à être tranchée ici, comme l'indiquait notre précédent rapport (E/CN.4/Sub.2/2003/4, par. 71), à la suite du rapport de M. Joinet (E/CN.4/Sub.2/2002/4, par. 29). Ce qui est en cause, c'est la légalité de la justice militaire. À cet égard, la «constitutionnalisation» des tribunaux militaires qui existe dans plusieurs pays ne doit pas les mettre hors du droit commun, au-dessus de la loi, mais bien au contraire les inscrire dans les principes de l'État de droit, à commencer par ceux de la séparation des pouvoirs et de la hiérarchie des normes. En ce sens, ce premier principe est inséparable de l'ensemble des principes qui suivent. Il est important de mettre l'accent sur l'unité de la justice. Comme le soulignaient MM. Stanislas Chernichenko et William Treat dans leur rapport final à la Sous-Commission sur le droit à un procès équitable présenté en 1994: «Il n'est pas créé de juridiction n'employant pas les procédures dûment établies conformément à la loi afin de priver les juridictions ordinaires de leur compétence.». Ou encore: «Les tribunaux sont indépendants du pouvoir exécutif. Le pouvoir exécutif ne doit pas s'immiscer dans les procédures judiciaires et les tribunaux ne peuvent jouer le rôle d'agents du pouvoir exécutif contre des particuliers.»¹.

12. *A contrario*, la question de l'applicabilité des garanties de la justice militaire à des tribunaux militaires mis en place par le pouvoir exécutif reste entière. Il s'agit en effet de garanties minimales, et même en situation de crise, notamment au regard de l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les dérogations au droit commun prises par les États parties doivent ne pas être «incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international» ni entraîner «une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale». Si l'article 14 n'est pas visé expressément parmi le «noyau dur» des droits indérogeables, l'existence de garanties judiciaires effectives constitue un élément intrinsèque du respect des principes du Pacte, et notamment des dispositions de l'article 4, comme l'a souligné le Comité des droits de l'homme dans son observation générale n° 29 (2001)². Faute de ces garanties fondamentales, on serait en présence d'un pur et simple déni de justice.

13. Il faut également rappeler que le droit international humanitaire établit des garanties minimales en matière judiciaire³. Le paragraphe 4 de l'article 75 du Protocole I aux Conventions de Genève prescrit les garanties fondamentales en matière judiciaire qui doivent être respectées même lors de conflits internationaux, faisant référence à un «tribunal impartial et régulièrement constitué», ce qui, comme l'a dit le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), «souligne la nécessité de rendre une justice aussi sereine que possible, même dans les circonstances extrêmes d'un conflit armé, alors que la valeur de la vie humaine compte parfois peu»⁴. Le paragraphe 2 de l'article 6 du Protocole II parle quant à lui d'un «tribunal offrant les garanties essentielles d'indépendance et d'impartialité». Selon le CICR: «On y réaffirme le principe selon lequel chaque individu accusé d'avoir commis une infraction en relation avec le conflit a droit à un procès régulier. Ce droit n'est effectif que si le jugement est rendu par “un tribunal offrant les

garanties essentielles d'indépendance et d'impartialité".»⁵. Si le respect de ces garanties judiciaires est obligatoire lors de conflits armés, on voit mal comment ces garanties pourraient ne pas être absolument respectées en l'absence de conflit armé. La protection des droits en temps de paix doit être supérieure sinon égale à celle reconnue en temps de guerre.

PRINCIPE N° 2

Compétence fonctionnelle des juridictions militaires

Les juridictions militaires doivent, par principe, être incompétentes pour juger des civils. En toutes circonstances, l'État veille à ce que les civils accusés d'une infraction pénale, quelle qu'en soit la nature, soient jugés par les tribunaux civils. La compétence des tribunaux militaires doit être limitée aux infractions d'ordre strictement militaire commis par le personnel militaire. Les juridictions militaires peuvent juger des personnes assimilées au statut de militaire, pour des infractions strictement liées à l'exercice de leur fonction assimilée.

14. Dans son observation générale n° 13 (1984) [par. 4] portant sur l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'homme notait «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». La pratique du Comité depuis 20 ans, notamment dans ses constatations sur des communications individuelles ou ses observations finales sur les rapports nationaux, n'a fait que renforcer sa vigilance, en vue de restreindre la compétence des tribunaux militaires aux crimes et délits de nature strictement militaire, commis par des personnels militaires. De nombreux rapporteurs thématiques ou par pays ont également pris une position très ferme en faveur d'une incompétence de principe à l'égard des civils. De même, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, de la Commission interaméricaine des droits de l'homme et de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples est unanime à ce sujet⁶.

15. Inversement, la compétence des tribunaux militaires pour juger les personnels militaires ou assimilés ne doit pas constituer une dérogation de principe au droit commun, correspondant à un privilège de juridiction ou à une forme de justice par les pairs. Elle doit rester exceptionnelle et répondre aux seules exigences de la fonction militaire. Cette notion est le «nexus» de la juridiction militaire, s'agissant notamment d'opérations sur le terrain, lorsque le juge territorial ne peut exercer sa compétence. Seule une telle nécessité fonctionnelle peut justifier l'existence limitée mais irréductible d'une justice militaire. Le juge national se trouve en effet empêché d'exercer sa compétence personnelle active ou passive pour des raisons pratiques tenant à l'éloignement de l'action, tandis que le juge local qui serait compétent territorialement se voit opposer des immunités de juridiction.

16. Dans ce contexte opérationnel, il y a sans doute une zone grise qui mériterait d'être mieux explorée pour préciser la notion de personnels assimilés. Les travaux en cours de la Sous-Commission à la suite de l'étude de M^{me} Françoise Hampson sur 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 contribueront sans doute à préciser ces notions. De même, le développement de la participation de forces paramilitaires ou de contractants privés à des régimes d'occupation internationale ou à des opérations de maintien de la paix devrait poser avec une acuité nouvelle la question du statut juridique et de la responsabilité de ces personnels.

PRINCIPE N° 3

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

En toutes circonstances, la compétence des juridictions militaires doit être écartée au profit de celle des juridictions ordinaires pour mener à bien les enquêtes sur les violations graves des droits de l'homme, telles que les exécutions extrajudiciaires, les disparitions forcées, la torture, et poursuivre et juger les auteurs de ces crimes.

17. Face à la conception fonctionnelle de la compétence des tribunaux militaires s'impose aujourd'hui de plus en plus clairement l'idée selon laquelle le procès d'auteurs de violations graves de droits de l'homme ne peut se faire devant des tribunaux militaires, dans la mesure où de tels actes seraient, par leur nature même, détachables des fonctions exercées. Qui plus est, les autorités militaires peuvent être tentées d'étouffer ces affaires. Il importe donc que les juridictions civiles soient dès le départ à même d'enquêter, de poursuivre et de juger les auteurs de ces violations. Le déclenchement d'office de l'enquête préliminaire par le juge civil constitue une étape décisive pour éviter toute forme d'impunité. La compétence du juge civil doit également permettre de prendre pleinement en compte les droits des victimes, à tous les stades de la procédure.

18. Cette solution a été retenue par l'Assemblée générale à l'occasion de l'adoption de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, qui stipule que les auteurs de tels crimes «ne peuvent être jugés que par les juridictions de droit commun compétentes, dans chaque État, à l'exclusion de toute autre juridiction spéciale, notamment militaire»⁷. Les faits constitutifs du délit de disparition ne peuvent être réputés avoir été commis dans l'exercice des fonctions militaires. La Sous-Commission⁸ tout comme la Commission⁹ ont adopté plusieurs résolutions réaffirmant ce principe, consacré par la pratique des organes de surveillance des traités¹⁰. Dans son étude sur l'impunité commandée par la Commission des droits de l'homme¹¹, l'experte indépendante, M^{me} Diane Orentlicher, a rappelé ce principe et a constaté que plusieurs pays ont accompli des progrès dans son application¹².

19. Au-delà des violations graves associées à certains régimes militaires ou autoritaires, telles que les disparitions forcées, les exécutions extrajudiciaires et les tortures systématiques, on peut s'interroger sur la limite à fixer à la notion de violations des droits de l'homme. Là encore, le meilleur guide doit être l'exigence d'assurer un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial et de garantir pleinement les droits des victimes: même lorsqu'il s'agit d'un acte isolé, on peut s'interroger sur la volonté de la hiérarchie militaire de faire la pleine lumière sur des faits qui risquent de porter atteinte à l'esprit de corps ou à la réputation de l'armée.

PRINCIPE N° 4

Limitation des effets du secret défense

Les règles permettant d'invoquer le secret défense ne doivent pas être détournées de leur finalité pour entraver le cours de la justice ni porter atteinte aux droits de l'homme. Le secret défense peut être invoqué, sous la supervision d'instances indépendantes de contrôle, lorsqu'il s'agit de protéger, dans la mesure strictement nécessaire, des informations concernant la défense nationale. Le secret défense ne peut pas être invoqué:

- a) 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 privées de liberté;**
- b) Pour empêcher d'engager ou de mener des enquêtes, des poursuites ou des procès, qu'ils soient de nature pénale ou disciplinaire, ou pour les laisser sans suite;**
- c) Pour dénier aux juges et autorités habilitées par la loi à exercer des fonctions judiciaires l'accès à des documents et zones classés de sécurité nationale ou d'accès réservé;**
- d) Pour empêcher de rendre publics les jugements des tribunaux;**
- e) Pour empêcher l'exercice effectif du recours d'*habeas corpus* et d'autres recours judiciaires de nature semblable.**

20. Ce principe parle de lui-même. L'invocation du secret défense ne saurait aboutir à la détention «au secret» d'une personne faisant l'objet de poursuites, déjà condamnée ou soumise à une quelconque mesure de privation de liberté. Le Comité des droits de l'homme, dans son observation générale n° 29, relative aux états d'urgence (art. 4 du Pacte), a considéré que «Les États parties ne peuvent en aucune circonstance invoquer l'article 4 du Pacte pour justifier des actes attentatoires au droit humanitaire ou aux normes impératives du droit international, par exemple une prise d'otages [...], des privations arbitraires de liberté [...]»¹³ et que «L'interdiction de la prise d'otages, des enlèvements ou des détentions non reconnues n'est pas susceptible de dérogation. Le caractère absolu de cette interdiction, même dans une situation d'exception, est justifié par son rang de norme du droit international général»¹⁴.

21. L'exercice des droits de la défense implique la possibilité pour toute personne poursuivie de pouvoir «communiquer avec le conseil de son choix», selon le paragraphe 3 (al. b) de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, mais aussi, au nom d'un principe d'humanité et pour assurer l'effectivité de l'obligation précitée, avec sa famille et ses proches. De même, le paragraphe 4 de l'article 9 du Pacte ne trouve toute sa portée que dans le respect des droits de la défense, à commencer par le libre accès à un conseil de son choix. Plus généralement, le paragraphe 1 de l'article 17 du Pacte prévoit que «Nul ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans [...] sa correspondance», laissant ainsi ouverte la possibilité de contacts d'un détenu avec sa famille, ses proches ou son avocat. Plusieurs normes internationales soulignent l'obligation d'informer les familles de personnes privées de liberté sur leurs arrestations ou transferts, ainsi qu'à leur avocat¹⁵. Le Comité des droits de l'homme¹⁶, le Comité contre la torture¹⁷ et le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires¹⁸

ont souligné à plusieurs reprises l'importance de cette obligation. Le Comité des droits de l'homme a souligné dans son observation générale n° 20 (1992) que «pour garantir effectivement la protection des personnes détenues, il faut faire en sorte que les prisonniers soient détenus dans des lieux de détention officiellement reconnus comme tels et que leur nom et le lieu de leur détention ainsi que le nom des personnes responsables de leur détention figurent dans un registre aisément accessible aux intéressés, notamment aux membres de la famille et aux amis». Le Comité ajoute que «des dispositions interdisant la détention au secret doivent également être prises» (par. 11).

22. En cas de crise, le droit humanitaire prévoit de son côté des possibilités de communication avec le monde extérieur, conformément à la section V de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre. Il est important de rappeler que l'article 32 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) pose comme principe général en matière de personnes disparues ou décédées «le droit qu'ont les familles de connaître le sort de leurs membres». Ce droit a été réaffirmé par l'Assemblée générale dans de nombreuses résolutions sur les disparitions forcées. Dans sa circulaire sur le respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies, le Secrétaire général a réaffirmé ce droit¹⁹.

23. Il faut aussi souligner que les personnes privées de liberté doivent être maintenues dans des lieux officiels de détention et que les autorités doivent maintenir un registre des détenus²⁰. En matière de communication entre les personnes privées de liberté et leurs avocats, il faut rappeler que les Principes de base relatifs au rôle du barreau stipulent que «Toute personne arrêtée ou détenue ou emprisonnée doit pouvoir recevoir la visite d'un avocat, s'entretenir avec lui et le consulter sans retard, en toute discrétion, sans aucune censure ni interception, et disposer du temps et des moyens nécessaires à cet effet. Ces consultations peuvent se dérouler à portée de vue, mais non à portée d'ouïe, de responsables de l'application des lois»²¹.

24. Faute de ces garanties fondamentales, le risque est grand de se trouver face à une situation de disparition forcée ou de détention arbitraire, en dehors de toute possibilité de recours effectif dans le cadre interne comme dans le cadre international. Le secret n'est alors que le masque d'un déni de justice.

PRINCIPE N° 5

Garantie de l'habeas corpus

En toutes circonstances, toute personne privée de liberté a le droit d'introduire un recours, tel que l'*habeas corpus*, devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. Le droit de présenter une requête en *habeas corpus* ou un autre recours judiciaire de nature semblable 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. En toutes circonstances, le juge doit pouvoir accéder sans exception à tout lieu où pourrait se trouver la personne privée de liberté.

25. Ce qui a été dit de l'accès à un conseil indépendant s'applique, *mutatis mutandis*, à l'accès au juge, par une requête en *habeas corpus*. Le droit d'accès à la justice – le «droit au droit» –

est un des fondements de l'État de droit. Comme le dit le paragraphe 4 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques: «Quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.». En temps de guerre, les garanties du droit humanitaire, notamment de la quatrième Convention de Genève, s'appliquent pleinement.

26. L'*habeas corpus* est lié également au paragraphe 3 de l'article 2 du Pacte. Le Comité des droits de l'homme, dans son observation générale n° 29, relative aux états d'urgence (art. 4 du Pacte), a considéré que: «Le paragraphe 3 de l'article 2 du Pacte exige que soient assurés des recours internes utiles contre toute violation des dispositions du Pacte. Même si cette clause ne fait pas partie des dispositions auxquelles il ne peut être dérogé énumérées au paragraphe 2 de l'article 4, elle constitue une obligation inhérente au Pacte. Même si les États parties peuvent, pendant un état d'urgence, apporter, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des ajustements aux modalités concrètes de fonctionnement de leurs procédures relatives aux recours judiciaires et autres recours, ils doivent se conformer à l'obligation fondamentale de garantir un recours utile qui est prévu au paragraphe 3 de l'article 2. [...] De l'avis du Comité, ces principes et la disposition concernant les recours utiles exigent le respect des garanties judiciaires fondamentales pendant un état d'urgence. [...] Afin de protéger les droits non susceptibles de dérogation, il découle du même principe que le droit d'introduire un recours devant un tribunal, dans le but de permettre au tribunal de statuer sans délai sur la légalité d'une détention, ne peut être affecté par la décision d'un État partie de déroger au Pacte.»²².

27. Le caractère non dérogeable de l'*habeas corpus* est également reconnu dans plusieurs normes internationales à vocation déclarative²³. La Commission des droits de l'homme, dans sa résolution 1992/35 «*Habeas corpus*», a exhorté les États à maintenir le recours d'*habeas corpus* même lors de l'état d'exception. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a considéré que les recours judiciaires de nature à protéger des droits intangibles, comme l'*habeas corpus*, sont indérogeables²⁴.

PRINCIPE N° 6

Droit à un tribunal compétent, indépendant et impartial

Lorsque les juridictions militaires subsistent, leur organisation et leur fonctionnement doivent pleinement assurer le droit de toute personne à un tribunal compétent, indépendant et impartial, en garantissant notamment l'indépendance statutaire des juges par rapport à la hiérarchie militaire. Les personnes sélectionnées pour remplir les fonctions de magistrat dans les juridictions militaires doivent être intègres et compétentes et justifier de la formation et des qualifications juridiques nécessaires. La présence de juges civils dans la composition des tribunaux militaires ne peut que renforcer l'impartialité de ces juridictions.

28. Ce droit fondamental trouve son expression à l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme: «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.». L'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, comme les

conventions régionales, en détaille la portée pratique. S'agissant de la notion de tribunal indépendant et impartial, toute une jurisprudence est venue préciser le contenu objectif, mais aussi subjectif de l'indépendance et de l'impartialité. L'accent a notamment été mis sur la théorie des apparences, conformément à l'adage anglais selon lequel *«justice should not only be done, but should be seen to be done»*. Il est également important de souligner que le Comité des droits de l'homme a rappelé que «le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial est un droit absolu qui ne souffre aucune exception»²⁵.

29. L'indépendance statutaire des juges par rapport à la hiérarchie militaire doit être strictement protégée, en évitant toute subordination directe ou indirecte, qu'il s'agisse de l'organisation et du fonctionnement de la justice elle-même ou du déroulement de la carrière du juge militaire. La notion d'impartialité est encore plus complexe au regard de la théorie des apparences, le justiciable pouvant à bon droit voir dans le juge militaire un officier susceptible d'être «juge et partie» dans toute affaire mettant en cause l'institution militaire, plutôt qu'un magistrat spécialisé, au même titre qu'un autre.

30. L'accent doit également être mis sur l'exigence de compétence des juges appelés à siéger dans des juridictions militaires, notamment à travers la même formation juridique que celle qui est requise pour les magistrats professionnels. La compétence juridique et déontologique des juges militaires, en tant que juges éclairés de leurs devoirs et responsabilités, est une composante intrinsèque de leur indépendance et de leur impartialité.

PRINCIPE N° 7

Publicité des débats

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.

31. Les textes précités rappellent que «toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement». La publicité des débats est un des éléments fondamentaux de l'équité du procès. Les seules limites à ce principe sont celles prévues par le droit commun, conformément au paragraphe 1 de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques: «Le huis clos peut être prononcé pendant la totalité ou une partie du procès, soit dans l'intérêt des bonnes mœurs, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, soit lorsque l'intérêt de la vie privée des parties en cause l'exige, soit encore dans la mesure où le tribunal l'estimera absolument nécessaire lorsqu'en raison des circonstances particulières de l'affaire la publicité nuirait aux intérêts de la justice [...]». Toutes ces hypothèses, notamment l'invocation de l'intérêt de la «sécurité nationale», doivent être strictement interprétées et ne s'appliquer qu'en cas de nécessité dans «une société démocratique».

32. Le Pacte précise en outre que «tout jugement rendu en matière pénale ou civile sera public, sauf si l'intérêt de mineurs exige qu'il en soit autrement [...]» (art. 14, par. 1). Ce n'est pas le cas, du moins en principe, s'agissant d'affaires portées devant des tribunaux militaires. La motivation des décisions de justice est là encore la condition même de toute possibilité de recours et de tout contrôle effectif en la matière.

PRINCIPE N° 8

Garantie des droits de la défense et procès juste et équitable

L'exercice des droits de la défense doit être pleinement garanti devant les juridictions militaires. Toute procédure judiciaire devant les juridictions militaires doit comprendre notamment les garanties suivantes:

a) Toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie;

b) Tout prévenu doit être informé sans délai des détails de l'infraction qui lui est imputée et être assuré avant et pendant son procès de tous les droits et moyens nécessaires à sa défense;

c) Nul ne peut être puni pour une infraction pénale si ce n'est sur la base d'une responsabilité pénale individuelle;

d) Toute personne accusée d'une infraction pénale a le droit d'être jugée sans retard excessif et en sa présence;

e) Toute personne accusée d'une infraction pénale a le droit à se défendre elle-même ou à avoir l'assistance d'un défenseur de son choix; si elle n'a pas de défenseur, à être informée de son droit d'en avoir un, et, chaque fois que l'intérêt de la justice l'exige, à se voir attribuer d'office un défenseur, sans frais, si elle n'a pas les moyens de le rémunérer;

f) Nul ne peut être forcé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable;

g) Toute personne accusée d'une infraction a le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge;

h) Toute personne déclarée coupable d'une infraction a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et la condamnation, conformément à la loi;

i) Toute personne condamnée sera informée, au moment de sa condamnation, de ses droits de recours judiciaires et autres ainsi que des délais dans lesquels ils doivent être exercés.

33. Le Comité des droits de l'homme a signalé dans son observation générale n° 13 (1984) [par. 4] que «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». Dans sa jurisprudence et dans son observation générale n° 29, le Comité des droits de l'homme a considéré indérogeables plusieurs droits procéduraux et garanties judiciaires de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Lors de sa quatre-vingtième session, du 16 mars au 3 avril 2004, le Comité a décidé de faire une nouvelle observation générale sur l'article 14 du Pacte, notamment pour mettre à jour l'observation générale n° 13.

34. De son côté, le droit international humanitaire établit des garanties minimales en matière judiciaire²⁶. Le paragraphe 4 de l'article 75 du Protocole I aux Conventions de Genève reprend les garanties judiciaires énoncées aux paragraphes 2 et 3 de l'article 14 du Pacte, mais également celles énoncées à l'article 15 du Pacte. Ce dernier est non dérogeable en vertu du paragraphe 2 de l'article 4 du Pacte. Il faut souligner que, dans son observation générale n° 29 (par. 16), le Comité des droits de l'homme a considéré que «Certains éléments du droit à un procès équitable étant expressément garantis par le droit international humanitaire en période de conflit armé, le Comité ne voit aucune justification à ce qu'il soit dérogé à ces garanties au cours d'autres situations d'urgence.».

35. Les dispositions du paragraphe 3 (al. d) de l'article 14 du Pacte doivent s'appliquer pleinement: «Toute personne accusée d'une infraction pénale a droit [...]: à être présente au procès et à se défendre elle-même ou à avoir l'assistance d'un défenseur de son choix; si elle n'a pas de défenseur, à être informée de son droit d'en avoir un, et chaque fois que l'intérêt de la justice l'exige, à se voir attribuer d'office un défenseur, sans frais, si elle n'a pas les moyens de le rémunérer;». De même, les Principes de base relatifs au rôle du barreau stipulent que «Toute personne peut faire appel à un avocat de son choix pour protéger et faire valoir ses droits et pour la défendre à tous les stades d'une procédure pénale» et que «Les pouvoirs publics veillent à ce que toute personne, lorsqu'elle est arrêtée ou mise en détention ou lorsqu'elle est accusée d'un crime ou d'un délit, soit informée sans délai, par l'autorité compétente, de son droit à être assistée par un avocat de son choix»²⁷.

36. La pratique de l'assistance juridique par des avocats militaires, spécialement lorsqu'ils sont désignés d'office, a été contestée comme n'étant 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. Toutefois, à l'expérience, l'évolution de la fonction d'avocat militaire vers une stricte indépendance – si elle s'avère réelle malgré l'ambiguïté fondamentale de son titre – tend à garantir à l'accusé une défense effective, adaptée aux contraintes fonctionnelles qui pèsent sur la justice militaire, notamment lorsqu'elle s'exerce de manière extraterritoriale. Reste que l'impératif du libre choix du défenseur doit rester le principe, l'accusé devant pouvoir faire appel à un avocat de son choix s'il ne souhaite pas recourir à l'assistance d'un avocat militaire. C'est pourquoi, plutôt que de préconiser la suppression pure et simple de la fonction d'avocat militaire, il a semblé préférable de prendre acte de l'évolution en cours à une double condition: la sauvegarde du principe du libre choix du défenseur par l'accusé, la garantie d'une stricte indépendance de l'avocat militaire.

PRINCIPE N° 9

Accès des victimes à la procédure

Sans préjudice du principe n° 3 relatif au champ de compétence des tribunaux militaires, la juridiction militaire ne doit pas exclure les victimes de crimes ou leurs ayants droit de la procédure judiciaire. Les procédures judiciaires des juridictions militaires doivent assurer le respect effectif des droits des victimes de crimes – ou de leurs ayants droit –, notamment en garantissant que celles-ci:

a) Disposent du droit de dénoncer les faits criminels et de saisir les tribunaux militaires afin que des poursuites judiciaires soient engagées;

b) Disposent d'un large droit d'intervention dans la procédure judiciaire et puissent participer à celle-ci en tant que partie au procès, comme partie civile, tiers intervenant ou accusation privée;

c) Disposent de recours judiciaires pour contester les décisions et jugements des tribunaux militaires qui leur sont contraires;

d) Soient protégées contre tout mauvais traitement et tout acte d'intimidation ou de représailles que pourrait entraîner la plainte ou leur participation aux procédures judiciaires.

37. 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, ou ses ayants droit, 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.

PRINCIPE N° 10

Exercice des voies de recours devant les juridictions ordinaires

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.

Les conflits de compétence et de juridiction entre tribunaux militaires et tribunaux de droit commun doivent être tranchés par un organe judiciaire de plus haut niveau appartenant à la juridiction ordinaire, composé de magistrats indépendants, impartiaux et compétents, notamment par une cour suprême ou une cour constitutionnelle.

38. Si leurs compétences fonctionnelles peuvent expliquer le maintien de juridictions militaires de premier degré, de manière résiduelle, rien ne paraît justifier l'existence d'une hiérarchie parallèle de tribunaux militaires, hors du droit commun. Les impératifs d'une bonne administration de la justice par les tribunaux militaires impliquent au contraire que les voies de recours, notamment le contentieux de la légalité, soient exercées devant les juridictions civiles. Ainsi, au stade de l'appel ou – à tout le moins – de la cassation, les juridictions militaires feraient «partie intégrante de l'appareil judiciaire normal». Ces voies de recours devant les juridictions civiles supérieures devraient être ouvertes à l'accusé comme aux victimes, ce qui suppose que ces dernières soient admises dans la procédure, notamment lors de la phase de jugement.

39. De la même manière, un mécanisme judiciaire impartial de résolution des conflits de juridiction ou de compétence doit être mis en place. Ce principe est essentiel car il assure que les tribunaux militaires ne constituent pas un système de justice parallèle, hors du contrôle du pouvoir judiciaire. Il est intéressant de remarquer que le Rapporteur spécial sur la question de la torture et le Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires ont formulé cette recommandation²⁸.

PRINCIPE N° 11

Obéissance due et responsabilité du supérieur

Sans préjudice du principe n° 3 relatif au champ de compétence des tribunaux militaires:

a) L'obéissance due ne peut être invoquée pour exonérer un militaire de sa responsabilité pénale individuelle engagée en raison de la commission de graves violations de droits de l'homme, telles que les exécutions extrajudiciaires, les disparitions forcées et la torture, de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité;

b) Le fait que de graves violations de droits de l'homme, telles que les exécutions extrajudiciaires, les disparitions forcées et la torture, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité aient été commis par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale s'ils ont omis de faire usage des pouvoirs dont ils étaient investis pour empêcher sa commission ou pour le faire cesser alors qu'ils possédaient des informations qui leur permettaient de savoir que le crime était en train ou sur le point d'être commis.

40. Le principe d'obéissance due, souvent invoqué devant les juridictions, notamment militaires, devrait, dans le cadre de ce contrôle de légalité, être assorti des limitations suivantes: 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-elle être considérée comme un motif, non de «circonstances atténuantes», mais de diminution de la peine. Inversement, 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.

41. Il est important de souligner qu'en matière de poursuites pénales et de responsabilité criminelle, l'ordre donné par un supérieur hiérarchique ou une autorité publique ne peut pas être invoqué pour justifier des exécutions extrajudiciaires, des disparitions forcées, des actes de torture, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, ni être invoqué pour exonérer leurs auteurs de leur responsabilité pénale individuelle. Ce principe est réitéré par de nombreux instruments internationaux²⁹. Dans le cadre national, les législations de plusieurs pays ont expressément intégré cette interdiction et plusieurs tribunaux ont rejeté «l'obéissance due» comme clause d'exonération de responsabilité pénale. Dans le domaine du droit pénal militaire, comme l'a souligné un auteur, «le devoir d'obéissance n'est pas absolu [...] le principe d'obéissance passive et aveugle a perdu sa vigueur dans le droit pénal militaire [et, s'agissant de l'exécution d'ordres qui entraînent manifestement la commission d'une infraction criminelle] le devoir d'obéissance cède sa place au devoir de désobéissance»³⁰.

42. Le droit international établit la règle de la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique pour de graves violations de droits de l'homme, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité commis par le personnel sous son autorité et/ou contrôle effectif. Le principe de responsabilité pénale du commandement négligent est reconnu dans de nombreux instruments internationaux, la jurisprudence internationale ainsi que plusieurs législations nationales.

43. La Sous-Commission a expressément retenu ces deux principes lors de la rédaction du projet de convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (art. 9)³¹.

PRINCIPE N° 12

Objection de conscience au service militaire

Le statut des objecteurs de conscience devrait être déterminé sous le contrôle d'une juridiction civile indépendante et impartiale, assurant toutes les garanties d'une procédure équitable, à quelque stade de la vie militaire qu'il soit invoqué.

44. Comme le relevait la Commission des droits de l'homme dans sa résolution 1998/77, 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 «juge et partie» en la matière. Les objecteurs de conscience sont des civils qui doivent relever d'instances civiles, sous le contrôle du juge de droit commun.

45. Or, lorsque le droit à l'objection de conscience n'est pas reconnu par la loi, l'objecteur de conscience est traité comme un déserteur et le code pénal militaire lui est appliqué. Les Nations Unies ont reconnu l'existence de l'objection de conscience au service militaire comme forme d'exercice légitime du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, reconnu et garanti tant par la Déclaration universelle des droits de l'homme que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques³². Le Pacte laisse entier le sujet, se bornant à préciser que n'est pas considéré comme travail forcé «tout service de caractère militaire et, dans les pays où l'objection de conscience est admise, tout service national exigé des objecteurs de conscience en vertu de la loi» (art. 8, par. 3, al. c, ii). Le Pacte ne donne aucune indication sur les modalités d'attribution de ce statut légal et, a fortiori, sur la détermination du sort des objecteurs en dehors de tout régime prévu par la loi. Mais le Comité des droits de l'homme a très clairement rattaché l'objection de conscience au principe de la liberté de conscience, consacré par l'article 18 du Pacte³³. À plusieurs reprises, il a exprimé récemment sa préoccupation pour l'imposition de peines par les tribunaux militaires aux objecteurs de conscience pour le fait de ne pas accomplir le service militaire³⁴. Il a considéré que le droit à l'objection de conscience peut être invoqué non seulement avant de réaliser le service militaire ou de s'incorporer aux forces armées, mais aussi une fois sous les drapeaux ou même après³⁵.

46. Dès 1985, au terme d'une étude exhaustive de la pratique préparée pour la Sous-Commission, Asbjorn Eide et Chama Mubanga-Chipoya formulaient des recommandations précises en la matière: «2(a) States should maintain or establish independent decision-making bodies to determine whether a conscientious objection is valid under national law in any specific case. There should always be a right of appeal to an independent, civilian judicial body. (b) Applicants should be granted a hearing and to be entitled to be represented by legal counsel and to call witnesses.»³⁶.

47. Il conviendrait à tout le moins, comme le prévoyait déjà la recommandation n° R (87) 8 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, de respecter les modalités suivantes:

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

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

L'organe d'appel doit être séparé de l'administration militaire et d'une composition qui lui assure l'indépendance.»³⁷.

48. Lorsque la demande du statut d'objecteur de conscience est présentée avant l'incorporation, rien ne devrait faire obstacle à la compétence d'une instance indépendante, placée sous le contrôle du juge civil de droit commun. La question peut paraître plus complexe lorsque la demande de statut est présentée au cours du service militaire, l'objecteur étant déjà sous l'uniforme et relevant de la justice militaire. Pour autant, une telle demande ne devrait pas être sanctionnée *ipso facto* comme un acte d'insoumission ou de désertion, en dehors de toute prise en considération de sa substance, mais être examinée selon la même procédure par une instance indépendante offrant toutes les garanties d'une procédure équitable. Comme le disait déjà M. Dimitriu Mazilu dans son rapport final sur les droits de l'homme et la jeunesse présenté à la Sous-Commission: «*conscripts should have the right to claim conscientious objector status at any time, since the claim is an exercise of the fundamental right to freedom of thought, conscience and religion.*»³⁸. Ce raisonnement peut être transposé à toute personne sous les drapeaux, appelé ou engagé, qui en tant que citoyen en uniforme doit pouvoir garder ses droits les plus fondamentaux, à commencer par la liberté de conscience³⁹.

PRINCIPE N° 13

Incompétence des tribunaux militaires pour juger les enfants et les mineurs de 18 ans

Les mineurs, relevant de la catégorie des personnes vulnérables, ne doivent être poursuivis et jugés que 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)⁴⁰. En aucun cas ils ne devraient, par conséquent, être soumis à la compétence des juridictions militaires.

49. L'article 40 ainsi que l'article 37 (al. d) de la Convention relative aux droits de l'enfant énumèrent les garanties pénales spécifiques applicables aux mineurs de moins de 18 ans, compte tenu de leur âge, en dehors des garanties pénales de droit commun déjà évoquées. Ces dispositions prévoient la possibilité d'écarter les juridictions de droit commun, au bénéfice d'institutions ou de procédures mieux adaptées à la protection de l'enfant. Ce régime protecteur exclut a fortiori la compétence des tribunaux militaires, s'agissant de mineurs civils.

50. Une situation limite est toutefois celle des jeunes engagés, dans la mesure où le paragraphe 3 de l'article 38 tolère le recrutement de mineurs entre les âges de 15 et de 18 ans. En situation de paix, les dispositions générales de la Convention relative aux droits de l'enfant devraient pouvoir s'appliquer. En cas de conflit armé, l'article 38 prévoit l'application

des principes du droit international humanitaire. À cet égard, une attention particulière devrait être apportée à la situation des enfants soldats en cas de crimes de guerre ou de violations massives des droits de l'homme. Seules des juridictions civiles paraissent adaptées pour tenir compte de tous les impératifs de la bonne administration de la justice dans de telles circonstances, au regard du principe n° 3, conformément aux objectifs de la Convention relative aux droits de l'enfant.

51. Le Comité des droits de l'enfant a pris une position de principe très claire, à l'occasion d'observations finales sur des rapports nationaux. Dans un État partie, le Comité a noté «avec inquiétude que même des enfants âgés de 11 à 14 ans peuvent ne pas être visés par la loi relative à la compétence des tribunaux pour mineurs s'ils sont accusés d'un délit relevant de la juridiction des cours de sûreté de l'État ou des tribunaux militaires ou s'ils vivent dans des régions soumises à l'état d'urgence»⁴¹. Dans un autre cas, le Comité a exhorté «l'État partie, conformément à son interdiction de recruter des enfants comme soldats, de veiller à ce qu'aucun enfant ne soit jugé par un tribunal militaire»⁴². À l'évidence, de telles situations sont inacceptables, tant au regard des principes généraux de la bonne administration de la justice que des exigences spécifiques de protection des droits des mineurs.

PRINCIPE N° 14

Régime des prisons militaires

Les prisons militaires doivent être en conformité avec les normes internationales et être accessibles aux mécanismes internes et internationaux d'inspection.

52. Les prisons militaires doivent respecter les normes internationales de droit commun, sous le contrôle effectif des mécanismes internes et internationaux d'inspection disponibles. À cet égard, les États devraient être encouragés à ratifier dans les meilleurs délais le Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

PRINCIPE N° 15

Application du droit humanitaire

En période de conflit armé, les principes du droit humanitaire, et notamment les dispositions de la Convention de Genève relative aux prisonniers de guerre, s'appliquent pleinement aux juridictions militaires.

53. Il faut rappeler les stipulations de l'article 84 de la troisième Convention de Genève de 1949: «Seuls les tribunaux militaires pourront juger un prisonnier de guerre, à moins que la législation de la Puissance détentrice 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.». 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 détentrice» (art. 102). S'il y a doute sur la qualification de prisonnier de guerre, à l'égard «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 présente Convention en attendant que leur statut ait été déterminé par un tribunal compétent» (art. 5).

PRINCIPE N° 16

Exclusion de la peine de mort

Les codes de justice militaire devraient refléter l'évolution internationale en faveur de l'abolition progressive de la peine de mort, en temps de paix comme en temps de guerre. En toutes circonstances, la peine de mort ne peut être imposée:

- a) Pour des crimes commis par des personnes âgées de moins de 18 ans;**
- b) À des femmes enceintes;**
- c) À la mère d'un jeune enfant; ou**
- d) À des personnes frappées d'aliénation mentale.**

54. 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.

55. En particulier, l'interdiction de la peine de mort à l'encontre des personnes vulnérables, et notamment des mineurs, doit être respectée en toutes circonstances, conformément au paragraphe 5 de l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui précise qu'«une sentence de mort ne peut être imposée pour des crimes commis par des personnes âgées de moins de 18 ans [...]».

PRINCIPE N° 17

Révision des codes de justice militaire

Les codes de justice militaire devraient faire périodiquement l'objet d'une révision systématique, de manière indépendante et transparente, afin de veiller à ce que les compétences des tribunaux militaires répondent à une stricte nécessité fonctionnelle, sans empiéter sur les compétences qui peuvent et doivent revenir aux juridictions civiles de droit commun.

56. La seule justification de l'existence des juridictions militaires étant liée à des contingences pratiques, relatives notamment à des opérations de maintien de la paix ou des situations extraterritoriales, il conviendrait de vérifier périodiquement que cette nécessité fonctionnelle continue à s'imposer.

57. Une telle révision des codes de justice militaire devrait être menée à bien par une instance indépendante, qui recommanderait les réformes législatives à effectuer pour limiter les compétences résiduelles qui ne seraient pas justifiées et revenir ainsi, dans toute la mesure possible, aux compétences de droit commun des juridictions civiles, en veillant à supprimer toute double incrimination.

58. Plus généralement, cette révision périodique devrait garantir l'adéquation et l'effectivité de la justice militaire au regard de ses justifications pratiques. Elle traduirait également le caractère pleinement démocratique d'une institution appelée à rendre compte de son fonctionnement devant les pouvoirs publics et l'ensemble des citoyens. C'est ainsi enfin que le débat de principe sur l'existence en tant que telle d'une justice militaire pourrait être posé en toute transparence dans une société démocratique.

II. RECOMMANDATIONS

59. **Comme l'a déjà souligné le rapporteur, il serait très utile qu'une très large consultation des États, comme des organisations internationales, des institutions nationales de promotion et protection des droits de l'homme et des ONG, permette un examen approfondi du projet de principes sur l'administration de la justice par les tribunaux militaires, par l'ensemble des personnes intéressées.**

60. **De même, étant donné que, lors de sa quatre-vingtième session, du 16 mars au 3 avril 2004, le Comité des droits de l'homme a décidé de faire une nouvelle observation générale sur l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le rapporteur considère que l'envoi du présent rapport au Comité serait une contribution utile à ses travaux pour l'élaboration de cette nouvelle observation générale.**

61. **Il convient également de recommander l'organisation, par la Commission internationale de juristes, sous les auspices du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, d'un deuxième séminaire d'experts, notamment militaires (voir *supra*, par. 4 et 10). Certains aspects mériteraient d'être mieux explorés, comme la portée du principe *non bis in idem* ainsi que des conflits positifs de compétence entre juridictions militaires et juridictions ordinaires; la distinction entre infractions disciplinaires et délits et crimes militaires, et la liste des incriminations figurant dans les codes de justice militaire, y compris lorsque ceux-ci sont appliqués par la justice de droit commun; les pouvoirs d'enquête et de poursuite sous le contrôle de la justice militaire ainsi que le rôle de la police militaire, en amont du déclenchement des poursuites devant les juridictions militaires; le régime juridique des prisons militaires et leur place dans l'ensemble du système de la justice militaire; la notion de personnels assimilés ainsi que la participation de forces paramilitaires ou de contractants privés à des régimes d'occupation internationale ou à des opérations de maintien de la paix⁴³.**

Notes

¹ E/CN.4/Sub.2/1994/24, annexe II, principes 17 et 19.

² Observation générale n° 29, par. 16. Voir aussi la communication n° 263/1987, *González del Río c. Pérou*, décision du 20 novembre 1992, CCPR/C/46/D/263/1987, par. 5.2.

³ Voir, notamment, le paragraphe 4 de l'article 75 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) et le paragraphe 2 de l'article 6 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II).

⁴ CICR, Commentaires du paragraphe 4 de l'article 75 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), par. 3084.

⁵ Ibid., Commentaires du paragraphe 2 de l'article 6 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), par. 4601.

⁶ Voir les nombreux exemples cités par Federico Andreu-Guzman, *Military jurisdiction and international law, Military courts and civilians*, vol. II, Commission internationale de juristes (à paraître).

⁷ Résolution 47/133 du 18 décembre 1992, art.16, par. 2.

⁸ Voir, par exemple, la résolution 1998/3 du 20 août 1998.

⁹ Résolutions 2003/72 du 25 avril 2003, par. 14, et 2004/72 du 21 avril 2004, par. 16.

¹⁰ Voir les nombreux exemples cités par Federico Andreu-Guzman, *Military jurisdiction and international law, Military courts and gross human rights violations*, vol. I, Commission internationale de juristes, Genève, 2004.

¹¹ Résolution 2003/72, par. 16.

¹² E/CN.4/2004/88, par. 42.

¹³ CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, par. 11.

¹⁴ Ibid., par. 13.

¹⁵ Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, principes 16, 18 et 19; Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 10, par. 2; Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus, règle 92. Dans le même sens, voir les articles 137 et 138 de la quatrième Convention de Genève.

¹⁶ Voir, notamment, CCPR/C/79/Add.43, par. 15, CCPR/C/79/Add. 95, par. 12, et CCPR/C/79/Add. 81, par. 23.

¹⁷ Voir, notamment, A/54/44, par. 88 à 105.

¹⁸ E/CN.4/1997/34, par. 26 et 30.

¹⁹ ST/SGB/1999/13 du 6 août 1999.

²⁰ Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 10, par. 1; Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus, règle 7; Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, principes 20 et 29; Règles pénitentiaires européennes, règles 7 et 8.

²¹ Principe 8 des Principes de base relatifs au rôle du barreau, adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants (La Havane, 27 août-7 septembre 1990).

²² CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, par. 14 et 16.

²³ Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, principe 32; Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 9.

²⁴ Avis consultatifs OC-8/87, «*L'habeas corpus dans les situations d'urgence*», du 30 janvier 1987, et OC-9/87, «*Garanties judiciaires dans les états d'urgence*», du 6 octobre 1987.

²⁵ Communication n° 263/1987, *González del Río c. Pérou*, décision du 20 novembre 1992, CCPR/C/46/D/263/1987, par. 5.2.

²⁶ Voir, notamment, le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), art. 75, par. 4, et le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), art. 6.

²⁷ Principes 1 et 5 des Principes relatifs au rôle du barreau, adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants (La Havane, 27 août-7 septembre 1990).

²⁸ E/CN.4/1995/111, par. 120.

²⁹ Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 6, par. 1; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 2, par. 3; Code de conduite pour les responsables de l'application des lois, art. 5; Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 7.4); Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (art. 6.4); Statut de Rome de la Cour pénale internationale (art. 33).

³⁰ S. Erman, «Rapport général: l'obéissance militaire au regard des droits pénaux internes et du droit de la guerre», in *Cinquième Congrès international, Dublin, 25-30 mai 1970, L'obéissance militaire au regard des droits pénaux internes et du droit de la guerre*, Recueils de la Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, vol. 1, Strasbourg, 1971, p. 357.

³¹ E/CN.4/Sub.2/1998/19, annexe.

³² Assemblée générale, résolution 33/165 du 20 décembre 1978; Commission des droits de l'homme, résolution 38 (XXXVI) de 1980, 1987/46 de 1987, 1989/59 de 1989, 1993/84 de 1993, 1995/83 de 1995 et 1998/77 de 1998; Comité des droits de l'homme, observation générale n° 22 (1993); décisions du Comité des droits de l'homme relatives aux communications n°s 446/1991 (par. 4.2), 483/1991 (par. 4.2) et 402/1990 (affaire *Henricus Antonius Godefriedus Maria Brinkof c. Pays-Bas*).

³³ Observation générale n° 22 (1993).

³⁴ Observations finales du Comité des droits de l'homme: Arménie, 19 novembre 1998, CCPR/C/79/Add.100, par. 18, et Observations finales du Comité des droits de l'homme: Israël, 21 août 2003, CCPR/CO/78/ISR, par. 24.

³⁵ Observations finales du Comité des droits de l'homme: France, CCPR/C/79/Add.80, 4 août 1997, par. 19, et Observations finales du Comité des droits de l'homme: Espagne, CCPR/C/79/Add.61, 3 avril 1996, par. 15.

³⁶ Publication des Nations Unies, numéro de vente: E.85.XIV.1.

³⁷ Recommandation n° R (87) 8 relative à l'objection de conscience au service militaire obligatoire, adoptée par le Comité des ministres le 9 avril 1987. Voir aussi le rapport de M. Dick Marty, *Exercice du droit à l'objection de conscience au service militaire dans les États membres du Conseil de l'Europe*, APCE, Doc. 8809 du 13 juillet 2000.

³⁸ E/CN.4/Sub.2/1992/36, par. 104.

³⁹ Voir aussi la résolution 2004/35 sur l'objection de conscience au service militaire adoptée par la Commission des droits de l'homme le 19 avril 2004.

⁴⁰ Adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 40/33 du 29 novembre 1985.

⁴¹ Observations finales du Comité des droits de l'enfant: Turquie, 9 juillet 2001, CRC/C/15/Add.152, par. 65.

⁴² Observations finales du Comité des droits de l'enfant: République démocratique du Congo, 9 juillet 2001, par. 75.

⁴³ Les travaux de la Sous-Commission à la suite de l'étude de M^{me} Françoise Hampson sur 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 à la paix contribueront également à préciser ces questions importantes.