

EXPERT CONSULTATION ON HUMAN RIGHTS CONSIDERATION RELATING TO THE  
ADMINISTRATION OF JUSTICE THROUGH MILITARY TRIBUNALS AND THE ROLE OF THE  
INTEGRAL JUDICIAL SYSTEM IN COMBATING HUMAN RIGHTS VIOLATIONS  
(Genève, 24 novembre 2014)

**Quatrième session : La compétence matérielle des juridictions militaires.**

Emmanuel Decaux,  
*Président du Comité des disparitions forcées.*

Je suis très honoré de participer à cette consultation organisée à la demande de la résolution 25/4 du Conseil des droits de l'homme et de retrouver nombre d'experts que j'avais rencontré en marge des travaux de la Sous-Commission des droits de l'homme à l'occasion du rapport sur « *l'administration de la justice par les tribunaux militaires* » qui avait été remis en janvier 2006 à la Commission des droits de l'homme, ainsi que certains ont déjà bien voulu le rappeler<sup>1</sup>. Le passage de l'ancienne Commission des droits de l'homme au Conseil des droits de l'homme a entraîné une regrettable rupture de continuité, s'agissant notamment des travaux de la Sous-Commission. A ce titre, je suis particulièrement reconnaissant à Mme Gabriela Knaul, le rapporteur spécial sur l'indépendances des juges et des avocats, d'avoir remis cette question de principe à l'ordre du jour du Conseil des droits de l'homme. Permettez-moi deux remarques préliminaires.

1. Une remarque d'ordre général, tout d'abord. Depuis huit ans, bien des développements sont intervenus, qui nous donnent du recul par rapport aux 20 principes élaborés et adoptés – au consensus, dans la grande diversité de sa composition et la diversité de son expertise – par la Sous-Commission des droits de l'homme. Il s'agit d'un travail collectif, fait sur la base de larges consultations, notamment avec les ONG, et non d'une œuvre individuelle et isolée<sup>2</sup>. L'objectif de cet exercice était la « codification et le développement progressif du droit international », en se fondant notamment sur la jurisprudence des organes de traités et des juridictions régionales, comme sur les normes de *soft law*. C'est ainsi que nous avons été très prudents sur la question de la peine de mort, évoquée au principe n°19, pour ne pas aller au-delà de l'état du droit positif mais je me réjouis des avancées faites en la matière par le Groupe de travail sur la détention arbitraire, ainsi que vient de l'indiquer M. Seong-Phil Hong.

Depuis lors l'évolution s'est poursuivie, et pour s'en tenir à un seul exemple, dès 2006, la Cour européenne des droits de l'homme s'est référée expressément aux principes de la Sous-Commission, notamment les principes n°1, n°2 et n°5 (CEDH, arrêt *Ergin c. Turquie*, 4 mai 2006 ; arrêt *Maszni c. Roumanie*, 21 septembre 2006, etc). En même temps, l'expérience des huit dernières années montre qu'à côté d'acquis indiscutables, une tendance de fond à consacrer « l'intégrité de l'appareil judiciaire », il existe sans doute encore des points

---

<sup>1</sup> E/CN.4/2006/58.

<sup>2</sup> Cf. les études préliminaires de Louis Joinet, E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.3 et E/CN.4/Sub.2/2002/4, ainsi que les rapports d'Emmanuel Decaux, E/CN.4/sub.2/2003/4, E/CN.4/Sub.2/2004/7 et E/CN.4/Sub.2/2005/9.

sensibles, dans la recherche de « *principes neutres* » – selon l’heureuse formule qui vient d’être utilisé par le représentant du Canada – pour définir des « *blocs de compétences* » clairs et cohérents, renforçant la protection des droits de l’homme<sup>3</sup>. A mes yeux, on ne saurait complètement séparer les critères relatifs à la « qualité » de la justice des exigences concernant la nature des compétences, tant la théorie des apparences tient de place aujourd’hui. Au regard du fameux adage, « *Justice must not only be done, but be seen to be done* », la justice militaire, même la plus perfectionnée, reste une justice d’exception, une justice de corps, sinon une justice de caste, là où nous avons dorénavant des armées démocratiques, composées de citoyens presque comme les autres<sup>4</sup>.

2. La seconde remarque est plus spécifique, elle concerne les travaux du Comité des disparitions forcées en la matière. Le Comité a en effet entrepris très vite des consultations à ce sujet, à travers notamment une discussion thématique, lors de sa 6<sup>o</sup> session, avec plusieurs participants aujourd’hui présents, en vue de préparer une déclaration de principe, lors de notre 8<sup>o</sup> session, en février 2015. Il s’agit de combler le silence apparent de la Convention sur cette question essentielle, en se fondant notamment sur la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 1992 et sur la pratique constante du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires, comme vient de le rappeler notre collègue, Mme Jasminka Dzumhur. Si la Convention ne se prononce pas expressément sur le rôle des tribunaux militaires, elle précise, à l’initiative de la Suisse, qu’ « *aucune des dispositions de la présente Convention ne porte atteinte aux dispositions plus favorables à la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées qui peuvent figurer : (...) dans le droit international en vigueur pour cet Etat* » (art.37). Un impératif de cohérence juridique s’impose au Comité des disparitions forcées qui est dès maintenant confronté directement à cette question, à l’occasion de l’examen des rapports étatiques remis en vertu de l’article 29.

Déjà, dans ses observations finales concernant la Belgique adoptées lors de la 7<sup>o</sup> session, en septembre 2014, le Comité des disparitions forcées s’est penché sur la question, alors même que cet Etat a aboli les juridictions militaires en temps de paix : « Le Comité prend note des éclaircissements donnés par l’État partie dans ses réponses à la liste de points mais observe que les tribunaux militaires restent compétents pour juger les crimes de disparition forcée commis «en temps de guerre». Le Comité considère que, par principe, les juridictions militaires ne sauraient offrir l’indépendance et l’impartialité requises par la Convention pour connaître de violations des droits de l’homme telles que les disparitions forcées (art. 11). Le Comité recommande à l’État partie de prendre les mesures nécessaires, d’ordre législatif, pour faire en sorte que les disparitions forcées restent expressément en dehors du champ de compétence des juridictions militaires dans tous les cas et ne puissent être jugées que par les tribunaux ordinaires »<sup>5</sup>. La déclaration en gestation ne fera que généraliser cette analyse.

---

<sup>3</sup> Pour un bilan, Emmanuel Decaux, « Actualité de la Justice militaire dans les travaux des organes des Nations Unies », in *Bicentenario da Justiça Militar no Brasil*, Poder Judiciário Superior Tribunal Militar, 2008. Cf. aussi, « Military Courts and Gross Human Rights Violations », in *Implementing Human Rights, Essays in Honour of Mortem Kjaerum*, Danish Institute for Human Rights, 2007.

<sup>4</sup> Sur la tendance générale à la banalisation du statut militaire, cf. CEDH, *Martelly c.France*, 2 octobre 2014 .

<sup>5</sup> CED/C/BELG/CO/1, §§.21-22.

C'est à la lumière de cette double expérience que je suis heureux d'intervenir, à titre personnel, à cette consultation d'experts. Notre quatrième panel porte sur la compétence matérielle des juridictions militaires, mais comme on l'a vu, il est parfois très difficile de distinguer compétence personnelle et compétence matérielle, s'agissant de crimes et délits militaires commis par des militaires.

Un autre élément à ne pas négliger est la compétence temporelle, dans la mesure où de nombreux Etats qui ont supprimé toutes les juridictions militaires en temps de paix, comme la France, gardent un double régime juridique, avec un code de justice militaire, applicable en cas de guerre<sup>6</sup>. Il n'y a plus de juges militaires, de juges spécialisés, mais il existe des crimes et délits militaires. Cette réforme a pris plus de 30 ans, amorcée par la loi du 21 juillet 1982 avec la suppression des juridictions d'exception et achevée en 2011 avec la suppression du Tribunal aux armées de Paris dont les compétences sont exercées désormais par une formation spécialisée du Tribunal de grande instance de Paris. On pourrait constater la même évolution libérale dans la durée pour d'autres pays. Il importe de ne pas oublier dans les codes en vigueur, même de manière hypothétique, de vieilles dispositions poussiéreuses qui restent des menaces virtuelles pour les droits de l'homme. A cet égard le principe n°20 garde toute sa pertinence : *« 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 »*.

Mais par ailleurs, marquant une tout autre évolution, l'élargissement des compétences des juridictions militaires peut être une réaction à des situations de crise – plusieurs intervenants l'ont déjà relevé – en décidant d'autorité que des crimes de droit commun, comme les attentats contre des « biens publics » relèvent désormais des tribunaux militaires, comme si un tel transfert de compétences était une justice expéditive. La répartition arbitraire des compétences juridictionnelles ne saurait être une variable d'ajustement, remettant en cause de manière rétroactive la garantie du *due process of law*, voire la séparation des pouvoirs. De même que la « fausse monnaie chasse la bonne », il faut tenir compte de des risques de régression, qui concernent plusieurs continents et plusieurs systèmes juridiques, lorsqu'on vise une codification systématique. Si la justice militaire, dans le meilleur des cas, peut-être plus « adaptée » et plus efficace qu'une justice ordinaire, lointaine et surchargée, peu qualifiée et parfois peu indépendante, on ne peut se fonder sur une situation exceptionnelle pour remettre en cause l'objet et le but d'une codification générale à portée universelle.

Pour tenter de clarifier ces enjeux, il faut distinguer les compétences matérielles qui, par principe, devraient ne pas relever de la justice militaire, et les compétences matérielles qui, à titre résiduel, peuvent en relever.

---

<sup>6</sup> Le Code de justice militaire de 1982 a été révisé en 1999 et « recodifié » en 2007. Emmanuel Decaux, « La justice militaire, immuable et changeante », *Livre du Bicentenaire, Code pénal et code d'instruction criminelle*, Université Panthéon-Assas, Dalloz, 2010.

## *I – LES COMPETENCES MATERIELLES DEVANT ECHAPPER A LA JUSTICE MILITAIRE.*

Le point de départ des travaux de la Sous-Commission était le refus d'une justice du corps, au bénéfice de l'appareil militaire, remettant en cause le principe du « juge naturel », du juge de droit commun, pour l'ensemble des citoyens. Cela implique l'incompétence des juridictions militaires pour juger des civils, selon le principe n°5 qui se lit comme suit : « *Les juridictions militaires doivent, par principe, être incompétentes pour juger des civils. L'Etat veille à ce que les civils accusés d'une infraction pénale, quelle qu'en soit la nature, soient jugés par les tribunaux civils* ». Le commentaire de la Sous-Commission se référait notamment au §.4 de l'Observation générale n°13 du Comité des droits de l'homme et à la pratique subséquente, en rappelant que selon les Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature « 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 dument établies conformément à la loi afin de priver les juridictions ordinaires de leur compétence » (§.5)<sup>7</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme dans son récent arrêt de Chambre *Icen c.Turquie* du 31 mai 2011, qui a été rendu à l'unanimité, s'est référée une nouvelle fois au principe de la Sous-Commission, en rappelant l'arrêt *Ergin c.Turquie* du 4 mai 2006. Elle a saisi cette occasion pour souligner l'importance d'un procès équitable, au sens de l'article 6 §.1 de la Convention européenne : « Cette préoccupation, qui vaut à plus forte raison lorsqu'il s'agit d'un tribunal composé exclusivement de magistrats militaires, amène la Cour à affirmer que le fait que pareils tribunaux décident d'accusations en matière pénale dirigées contre des civils ne peut être jugé conforme à l'article 6 que dans des circonstances exceptionnelles. La Cour rappelle ses constats relatifs aux évolutions au niveau international (*Ergin (n° 6)*, précité, §§ 22-25) et qui confirment l'existence d'une tendance à exclure la juridiction de tribunaux militaires du domaine pénal lorsqu'il s'agit de juger des civils. Elle rappelle par ailleurs que la place particulière qu'occupe l'armée dans l'organisation constitutionnelle des Etats démocratiques doit être limitée au domaine de la sécurité nationale, le pouvoir judiciaire relevant, pour sa part, en principe du domaine de la société civile. Elle tient également compte de l'existence de règles spéciales régissant l'organisation interne et la structure hiérarchique des forces armées. Elle réaffirme que le pouvoir de la justice pénale militaire ne devrait s'étendre aux civils que s'il existe des raisons impérieuses justifiant une telle situation, et ce en s'appuyant sur une base légale claire et prévisible. L'existence de telles raisons doit être démontrée pour chaque cas, *in concreto*. L'attribution de certaines catégories de délits aux juridictions militaires faite *in abstracto* par la législation nationale ne saurait suffire (*Ergin (n° 6)*, précité, § 47). Se contenter d'une telle attribution *in abstracto* pourrait placer les civils intéressés dans une position sensiblement différente de celle des citoyens jugés par des juridictions ordinaires. Bien que rien ne s'oppose à ce que les tribunaux militaires respectent les normes de la Convention dans la même mesure que les juridictions ordinaires, des différences de traitement liées à leur nature et leur raison d'être peuvent donner lieu à un problème d'inégalité devant la justice, ce qui devrait être évité autant que faire se peut,

---

<sup>7</sup> E/CN.4/2006/58, p.11, §§.20-21.

notamment en matière pénale »<sup>8</sup>. En l'espèce, s'agissant d'une simple traductrice, la Cour a estimé qu'il n'y avait aucune « raison impérieuse » justifiant une compétence des tribunaux militaires, dans le droit fil de sa décision dans l'affaire Ergin qui concernait un journaliste. Même si la Cour européenne n'exclut pas l'hypothèse concrète de situations limites, son analyse de la tendance lourde de l'évolution du droit international, notamment au sein des « Etats démocratiques » est éloquente.

L'incompétence des tribunaux militaires pour juger les auteurs de violations graves des droits de l'homme découle de la même évolution de fond, que traduit le principe n°9 : « *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* ». Dans son commentaire, la Sous-Commission relevait que « les autorités militaires peuvent être tentées d'étouffer ces affaires, en invoquant l'opportunité des poursuites, en favorisant le classement sans suite ou en faisant jouer le « plaider coupable », au détriment des victimes. Il importe 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 tout les stades de la procédure »<sup>9</sup>.

Il s'agit d'un principe général, justifié par les abus de la justice militaire dans le passé. Trop souvent, notamment en Amérique latine, les juridictions militaires ont été le bras séculier des dictatures militaires, contribuant à la répression à l'égard de la société civile, comme au camouflage des violations des droits de l'homme commises par les forces en uniforme, au bénéfice d'une culture d'impunité. L'Ensemble de principes actualisé pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité, précise que « La compétence des tribunaux militaires 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 ou internationalisée » (principe 29)<sup>10</sup>.

Mais là encore les exigences du procès équitable ont été renforcées par l'évolution récente de la jurisprudence des organes conventionnels comme des juridictions régionales<sup>11</sup>. La traduction concrète de ce principe pose plusieurs problèmes pratiques. Dès le stade de l'enquête, il importe que le corps en uniforme concerné ne participe pas à l'enquête des agissements imputés à un de ses membres, afin d'éviter tout risque de connivence, pour étouffer sinon falsifier l'enquête, au nom de l'esprit de corps. Le principe de l'impartialité de

---

<sup>8</sup> CEDH, *Icen c. Turquie*, arrêt du 31 mai 2011, §§.32 et sq.

<sup>9</sup> Id, p.14, §§.32-35.

<sup>10</sup> E/CN.4/2005/102/Add.1.

<sup>11</sup> Federico Andreu-Guzman, *Military Jurisdiction and International Law, Military Courts and Gross Human Rights Violations*, vol.I, International Commission of Jurists, Genève, 2004.

l'enquête implique un dessaisissement de la police militaire au profit d'une enquête indépendante. Le Comité des disparitions forcées a déjà été alerté, dans le cadre des mesures d'urgence prévues par l'article 30, sur un cas où la famille d'une personne disparue était convoquée dans la caserne dont relevaient les auteurs présumés de la disparition, avec des risques évidents d'intimidation et de chantage sur les proches et les témoins. Dans ces conditions, il est difficile de croire à une enquête effective, indépendante et impartiale.

Cette nécessité de cloisonnement de l'enquête a une portée plus générale, en l'absence même de toute suspicion légitime. Le Comité des disparitions forcées en fait désormais une recommandation systématique dans ses observations finales. Ainsi s'agissant du rapport des Pays-Bas, examiné à sa 6<sup>o</sup> session, « Le Comité a aussi pris note de l'assertion de la délégation selon laquelle le principe discrétionnaire est sévèrement limité pour les procureurs par l'obligation d'enquêter sur les disparitions forcées. Toutefois, il note aussi que les enquêtes sur les infractions commises dans un contexte militaire relèvent de la Gendarmerie royale, qui est un organe de la police militaire. Le Comité est préoccupé par le fait que la suspension des fonctions des agents soupçonnés d'avoir commis une disparition forcée n'est pas toujours garantie dans les enquêtes pénales. Le Comité encourage l'État partie à faire en sorte que les personnes soupçonnées d'avoir commis un crime de disparition forcée ne soient pas en mesure d'influer sur le cours de l'enquête en y faisant obstacle directement ou indirectement. C'est pourquoi il recommande à l'État partie d'adopter une disposition juridique prévoyant expressément la suspension de fonctions des agents soupçonnés d'avoir commis une disparition forcée. Le Comité recommande aussi à l'État partie de prendre les mesures nécessaires pour que tous les cas de disparition forcée ne soient instruits et jugés que par les instances civiles compétentes »<sup>12</sup>.

Le Comité a adopté une formulation encore plus systématique, lors de sa 7<sup>o</sup> session, à l'occasion du rapport du Paraguay, au regard de toute enquête, fut-elle policière ou militaire : « En vue de renforcer le cadre normatif en vigueur et, conformément au paragraphe 4 de l'article 12 de la Convention, de prévenir et de sanctionner les actes qui entravent le déroulement des enquêtes et, en particulier, de garantir que les personnes soupçonnées d'avoir commis un crime de disparition forcée ne soient pas en mesure d'influer, directement ou indirectement, personnellement ou par l'intermédiaire de tiers, sur le cours des enquêtes, le Comité recommande à l'État partie d'adopter des dispositions juridiques qui prévoient expressément ce qui suit: a) la suspension, pendant la durée de l'enquête, de tout agent de l'État soupçonné d'avoir commis un crime de disparition forcée; b) un mécanisme qui garantisse que les forces de l'ordre ou de sécurité civiles ou militaires, dont les membres sont soupçonnés d'être les auteurs d'une disparition forcée, ne participent pas à l'enquête correspondante »<sup>13</sup>.

Restent sans doute des situations limites, lorsque dans une opération militaire extérieure, dans le cadre onusien ou multilatéral, aucune enquête judiciaire menée sous le contrôle d'une autorité civile n'est possible pour réunir les premières preuves et les premiers témoignages. Dans ce cas, il est indispensable qu'une enquête préliminaire soit menée par des officiers de police judiciaire, comme la police militaire, la prévôté ou la gendarmerie, voire par l'autorité hiérarchique, en cas de nécessité. Mais pour que cette enquête soit crédible, elle doit être

---

<sup>12</sup> CED/C/NLD/CO/1, §§.18-19.

<sup>13</sup> CED/C/PRY/CO/1, §.16.

soumise au contrôle d'une autorité judiciaire indépendante, de manière efficace et transparente, dans les meilleurs délais.

Une autre question délicate est la définition de la notion de violations « graves » des droits de l'homme. S'agissant de la Convention sur les disparitions forcées, le problème ne se pose pas, dans la mesure où chaque cas individuel de disparition forcée est un tel déni de l'Etat de droit, un « trou noir » impliquant la négation de la dignité humaine et de la personnalité juridique, qu'il constitue en soi une violation grave. De plus « *la pratique généralisée ou systématique de la disparition forcée constitue un crime contre l'humanité...* » (art.5). Il en va de même de la Convention contre la torture qui a elle aussi une forte dimension pénale. La torture ne saurait se rattacher aux fonctions étatiques et tout « privilège de juridiction » serait une contradiction en la matière.

Mais le départ entre les violations graves des droits de l'homme, relevant du statut de la Cour pénale internationale, et les autres violations des droits de l'homme n'est pas toujours évident. Un principe de précaution tendrait à avoir une interprétation large de la notion, mais il serait utile d'avoir l'expérience en la matière des autres organes conventionnels, à commencer par le Comité des droits de l'homme. Ainsi, des peines de prison de longue durée peuvent être assorties d'un régime de secret absolu, propice aux pires abus, y compris à des exécutions extrajudiciaires, comme l'a souligné le rapporteur spécial, Christopher Heyns à la suite de Manfred Nowak, dans ses derniers rapports. Ce régime *incommunicando* est, en lui-même, un traitement cruel, inhumain et dégradant à l'égard des proches, maintenus dans l'ignorance de la vie ou de la survie du détenu, et peut dissimuler une disparition forcée, au sens de la Convention. S'il y a un seuil de gravité, à quel moment est-il franchi ? On pourrait également s'interroger sur le moment où la pratique de la détention administrative, sans communication avec l'extérieur, peut être caractérisée comme une disparition forcée ? Si l'on a des hésitations sur le seuil de gravité des violations des droits de l'homme qui est requis, il est possible de prendre le problème par l'autre bout, en se penchant sur ce qui peut relever de la compétence fonctionnelle des juridictions militaires.

## *II – LES COMPETENCES FONCTIONNELLES DES JURIDICTIONS MILITAIRES.*

Les juridictions militaires, lorsqu'elles existent ne peuvent avoir que des compétences fonctionnelles, concernant des crimes et délits de nature strictement militaire, c'est-à-dire commis par des militaires dans l'exercice de leurs fonctions. Le principe n°8 sur la compétence fonctionnelle des juridictions militaires qui constitue le fil conducteur de la Sous-Commission est en quelque sorte l'interface des principes précédents : « *La compétence des juridictions militaires doit être limitée aux infractions d'ordre strictement militaire commises 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* ».

Comme l'explique le rapport, « 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 »<sup>14</sup>.

On ne saurait oublier que le droit humanitaire donne un rôle à la justice militaire, comme ultime garantie, notamment l'article 84 et l'article 102 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, l'article 66 de la Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre. La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Hassan c. Royaume-Uni* du 16 septembre 2014, concernant un détenu irakien disparu en 2003, vient de consacrer la place du droit humanitaire dans l'interprétation des articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, en dehors même de l'invocation de l'article 15 sur l'état de guerre.

Reste à définir le noyau dur des infractions d'ordre purement militaire. On peut considérer, pour prendre un exemple trivial, que voler un camion militaire ou dévaliser une banque est tout autant un délit de droit commun qu'un délit militaire, même si l'atteinte à la discipline militaire est sans conteste une circonstance aggravante. Il en va de même du tout venant des délits militaires dans la plupart des armées, en matière de rixes ou de drogues. Mais il est des infractions à la discipline qui sont propre au régime militaire, à commencer par le refus d'obéissance, l'insubordination ou la désertion. Dans ces cas, on peut même penser qu'une juridiction militaire sera mieux à même d'apprécier les états de service de la personne mise en cause et les circonstances de l'infraction, qu'une juridiction civile, loin des réalités du terrain. C'est d'autant plus nécessaire en cas d'opérations militaires, sur des territoires extérieurs en l'absence de toutes juridictions civiles, avec la nécessité d'une enquête disciplinaire rapide. De même les règles pénales concernant la responsabilité du supérieur hiérarchique sont très spécifiques et ne sauraient être assimilées aux règles de droit commun.

On retrouve la problématique des violations du droit de la guerre, et notamment les atteintes au « droit à la vie » au sens de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme. Faut-il que l'usage de la force létale par les forces armées soit soumis à l'appréciation d'un juge spécialisé, un juge militaire, indépendant et « compétent », ou du juge de droit commun, le juge ordinaire ? En pratique la question n'est pas si tranchée, car le juge judiciaire peut lui-même être spécialisé, comme on le voit avec la création de parquet financier ou de pôle antiterroriste.

A un autre niveau, la question est également résolue, par le rattachement des juridictions militaires à l'appareil judiciaire, notamment en appel, selon le principe n°17. En effet les

---

<sup>14</sup> E/CN.4/2006/58, p.13, §.29.



nécessités d'urgence et d'efficacité, militant pour une enquête diligente sur le terrain et un jugement rapide, ne valent pas pour les phases ultérieures du procès. L'importance de l'intégration de l'appareil judiciaire a été mise en lumière par la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt de Grande chambre du 20 octobre 2011, *Sahin c. Turquie* où les requérants invoquaient les contradictions entre différentes décisions de justice, à la suite du décès accidentel de leur fils lors d'un vol militaire. Si la Cour, par 11 voix contre 6, a considéré que ces divergences étaient inhérentes au fonctionnement de la justice, les juges minoritaires ont rédigé une opinion collective, à la suite de Sir Nicholas Bratza, déplorant le cloisonnement entre les différents ordres juridiques institué par la Constitution turque.

Pour conclure, il faut souligner que ces situations limites ne doivent pas faire oublier l'essentiel. La justice militaire n'est pas une facilité, pour tourner les principes de la bonne administration de la justice et du procès équitable, comme lorsqu'au XIX<sup>e</sup> siècle, les autorités civiles étaient dessaisies au bénéfice des autorités militaires, dotées des « pleins pouvoirs ». On peut imaginer des situations de catastrophes naturelles ou des périodes de troubles internes, où pour protéger les vies et les biens, des mesures d'exception sont nécessaires, de manière provisoire afin de rétablir l'ordre public. Le droit des droits de l'homme a lui-même incorporé la notion de nécessité<sup>15</sup>. La référence à l'application de loi martiale, introduite comme principe n°3, à l'initiative de notre savante collègue Françoise Hampson, dépasse la question de la justice militaire et met en cause le principe même des juridictions d'exception<sup>16</sup>. Le Comité des droits de l'homme note au §.16 de son Observation générale n°29 sur l'article 4 du Pacte 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 ». Dans le même esprit, la Sous-Commission considérait que « les juridictions militaires ne doivent pas être substituées aux juridictions ordinaires, en dérogation au droit commun, en leur donnant compétence pour juger des civils »<sup>17</sup>.

Mais cette anarchie juridique, propice aux plus dangereux expédients, n'a rien à voir avec la création d'une justice spécialisée, indépendante et impartiale, dans le respect des principes de la séparation des pouvoirs et de la légalité des crimes et des peines. Il ne s'agit pas de doter les militaires de pouvoirs judiciaires, de manière arbitraire et expéditive, avec des condamnations « pour l'exemple », mais bien d'organiser un corps judiciaire, pleinement indépendant, ayant l'expérience des contraintes disciplinaires et des servitudes militaires, pour rendre une justice digne de ce nom. Plus la compétence fonctionnelle de la juridiction militaire sera encadrée et limitée, avec un personnel hautement qualifié pour l'exercer, moins les risques de confusion des genres seront possibles. Le maximalisme dans un sens comme dans un autre, serait, me semble-t-il, une impasse. C'est la voie étroite qu'avait choisi, dans sa sagesse, la Sous-Commission.

---

<sup>15</sup> *La nécessité en droit international*, colloque de la Société française pour le droit international, Pedone, 2007.

<sup>16</sup> Emmanuel Decaux, « Droit de l'état de crise, crise de l'Etat de droit », in *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruylant, 1999 ; « Justices d'exception et situations de crise », in *Les droits de l'homme en évolution, Mélanges en l'honneur du Professeur Petros Pararas*, Sakkoulas-Bruylant, 2009.

<sup>17</sup> E/CN.4/2006/58, p.10, §.16.