

# L'EXCUSE DE L'ORDRE SUPERIEUR ET L'ETAT DE NECESSITE

par

Eric DAVID

Chargé de cours à la Faculté de Droit  
de l'Université Libre de Bruxelles

1. Le 18 décembre 1975, le député Ernest Glinne (P.S.B.) posait la question suivante au ministre de la Défense nationale et des Affaires bruxelloises :

« L'Etat-Major général et la Gendarmerie ont publié une série de documents dont l'objet est précisé comme étant l'édition provisoire du règlement de discipline. Ce texte est publié, dit la note introductive, « en attendant la rédaction d'un nouvel arrêté royal relatif à la procédure disciplinaire (qui remplacera l'arrêté royal du 4 février 1972), ainsi que la publication de l'édition définitive du Règlement de Discipline... ».

La première partie de cette série de documents (n° SEAD/DSP/2.000 du 14 janvier 1975) contient une instruction qui est en contradiction flagrante avec une autre loi belge, à savoir la Convention européenne des Droits de l'Homme, ratifiée par la Belgique en 1950.

Certains parlementaires avaient, lors des discussions du nouveau règlement de discipline militaire, en Commission de la Chambre (D.P., Chambre, 373, 1971-1972, n° 9, rapport Tanghe), fait valoir que le texte de l'article 11 du projet de loi adopté par la suite par le Parlement pouvait donner lieu à des interprétations équivoques. Voici ce texte (art. 11, § 2, loi du 14 janvier 1975, *Moniteur belge* du 1er février 1975) :

« Les militaires doivent exécuter fidèlement les ordres qui leur sont donnés par leurs supérieurs dans l'intérêt du service. Un ordre ne peut cependant être exécuté si cette exécution peut entraîner manifestement la perpétration d'un crime ou d'un délit ».

La possibilité d'équivoque aurait pu être levée si on avait fait allusion aux Conventions internationales, par exemple en ajoutant au texte : « ... ou contrevient à une disposition impérative du droit international, quelles que soient les nécessités politiques ou militaires invoquées à l'appui de cette transgression ».

A la suite de remarques touchant à ce sujet en commission, le Ministre a précisé que l'article 11, § 2 « garantissait les principes sur lesquels est fondée la Convention européenne des Droits de l'Homme » (Doc. Chambre 373, n° 9, p. 6, 1971-1972).

Je rappelle que cette Convention dispose :

« Article 15 : 1° En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie Contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international;

» 2° La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (§ 1er) et 7;

» Article 3 : Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants;

» Article 4 : Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude. »

*N.B.* - Ceci vise en fait les camps de concentration et procédés analogues.

Or, les instructions de l'Etat-Major général précisent (n° SEAD/DSP/2000, 14 janvier 1975) (p. 11) :

« Le subordonné qui néanmoins exécute l'ordre est justifié s'il ne savait pas que l'ordre était illégal à moins que cette illégalité ne fût manifeste.

» Le supérieur qui donne un ordre pouvant entraîner la perpétration d'un crime ou d'un délit porte la responsabilité de l'exécution de cet ordre. En cas d'opération armée, le supérieur est toutefois justifié s'il est établi que, dans les circonstances dans lesquelles il s'est trouvé, il ne pouvait agir autrement pour sauvegarder un intérêt vital pour la nation. »

La contradiction est flagrante, puisque, d'une part, celui qui exécute un ordre illégal est pratiquement sûr de l'impunité (*a contrario*, qui donc prendra le risque de désobéir à un ordre même s'il pense qu'il est illégal, surtout en temps de crise), et d'autre part, ce qui est encore plus grave, tous les actes sont permis s'il s'agit de « sauver la vie de la nation ». Ceci est expressément contredit par la Convention européenne des Droits de l'Homme qui fait partie des lois belges.

Je demande par conséquent à Monsieur le Ministre si une initiative de l'Exécutif ne pourrait corriger rapidement le texte des documents publiés par l'Etat-Major général et la Gendarmerie, en faisant référence explicitement aux interdictions contenues dans les Conventions internationales. » (1)

### Le ministre de la Défense nationale et des Affaires bruxelloises répondait :

« Les craintes qu'exprime l'honorable Membre à l'égard de l'application qui pourrait être faite du règlement de discipline sont exagérées.

Le texte de l'article 11 de la loi du 14 janvier 1975 portant le règlement de discipline, interdit l'exécution d'un ordre pouvant entraîner manifestement la perpétration d'un crime ou d'un délit.

Il convient tout d'abord d'établir qu'en droit pareil ordre serait manifestement illégal. Il ne pourrait donc être invoqué comme cause de justification.

Quiconque l'exécuterait et commettrait de ce fait un crime ou un délit, serait justiciable des tribunaux pour le crime ou le délit perpétré. L'exécution de l'ordre constituerait en outre une transgression disciplinaire.

Dans le cas où il n'apparaîtrait pas de façon manifeste que l'exécution de l'ordre peut entraîner la perpétration d'un crime ou d'un délit, l'exécutant pourrait, de bon droit, invoquer pour sa justification le fait d'avoir reçu l'ordre.

La responsabilité pénale du crime ou délit commis serait dès lors à imputer à celui qui aurait édicté l'ordre litigieux en sachant que son exécution peut entraîner la perpétration d'un crime ou d'un délit.

(1) *Bull. Q.R.*, Chambre, n° 20, 23 mars 1976.

L'article 20 du règlement de discipline (édition provisoire) affirme, en d'autres termes, ce qui précède.

Il est clair que les cas concrets visés par la question et portant sur la torture, les traitements inhumains ou l'esclavage, constituent des actes manifestement illégaux qui tombent sous les interdits généraux portés par la loi disciplinaire.

Le même article fait référence cependant à une cause de justification d'ordre général, s'identifiant en fait avec l'état de nécessité. L'état de nécessité n'est autre que l'état de celui qui se sent contraint à transgresser la loi parce que seule cette transgression et quel que soit le mal qu'elle entraîne, permet d'éviter qu'un autre mal, plus grand encore, se produise.

Il nous faut rappeler ici que l'état de nécessité est unanimement admis comme cause de justification par la doctrine et la jurisprudence.

On peut imaginer que le temps de guerre puisse engendrer des situations de réelle antinomie entre différents principes sacrés d'ordre juridique ou moral.

Plus concrètement et pour rencontrer les craintes de l'honorable Membre, des circonstances de guerre pourraient placer des responsables militaires devant l'alternative, soit de respecter des dispositions de droit international, soit de sauvegarder un intérêt vital pour la nation.

Peut-on soutenir qu'il n'existerait pas, en pareil cas, un état de véritable nécessité ? Ne serait-il pas inconcevable que cet état de nécessité ne puisse constituer une cause de justification, alors que pour tout autre crime de droit commun on admettrait une cause de justification de même nature ?

Ces dernières considérations autorisent, à mon sens, les commentaires réglementaires édictées par les états-majors généraux sous l'art. 20 du règlement provisoire.

Il n'y est fait nulle allusion à une mesure quelconque qui permettrait de déroger aux obligations prévues par une Convention internationale à laquelle la Belgique a souscrit.

Il n'y est pas question non plus d'une dérogation aux dispositions particulières citées par l'honorable Membre.

Le commentaire rappelle essentiellement un règle générale de droit qui trouverait ici une application particulière.

Il convient de souligner en guise de conclusion que quelles que soient les instructions en vigueur dans les Forces armées, il appartiendrait aux seuls tribunaux d'apprécier, le cas échéant, et sur base de faits, si les actes commis seraient à condamner ou se trouveraient justifiés par la nécessité. » (2)

2. La réponse du ministre appelle quelques observations. Deux problèmes sont posés : l'excuse de l'ordre supérieur et l'état de nécessité. Nous allons essayer de montrer que, d'une part, en ce qui concerne l'excuse de l'ordre supérieur, le texte de l'art. 11, § 2, al. 2, de la loi du 14 janvier 1975 aurait pu être plus précis, d'autre part, en ce qui concerne l'état de nécessité, l'instruction des états-majors généraux est contraire au droit positif.

(2) *Idem.*

## I. L'ORDRE SUPERIEUR N'EXCUSE PAS LES VIOLATIONS DU DROIT INTERNATIONAL PAR LE SUBORDONNE

### A. LE PRINCIPE NE FIGURE PAS DANS TOUS LES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

3. Le texte de l'art. 11, § 2, les commentaires de l'état-major général et les remarques de M. Glinne se rapportent au principe du droit de la guerre selon lequel l'ordre supérieur n'autorise pas le subordonné à commettre une illégalité manifeste. Cette règle n'est pas neuve. On la retrouve, avec des nuances selon les Etats, dans les droits américain, anglais, français, allemand, suisse ainsi que dans le droit de nombreux autres Etats (4). Elle fait également partie du droit international puisqu'elle figure dans le Statut du Tribunal militaire international de Nüremberg (art. 8), dans le jugement prononcé par ce Tribunal les 30 septembre et 1er octobre 1946 (5), dans la résolution 95 (I) adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 11 décembre 1946, et dans les Principes élaborés par la Commission du droit international en juin-juillet 1950 (Principe IV).

Pourtant, si les Etats acceptent le principe, ils n'arrivent pas à s'entendre sur son énonciation. Ni en 1948, dans la Convention sur la prévention et la répression du génocide, ni en 1949, dans les 4 Conventions de Genève sur la protection des victimes des conflits armés, ils n'ont réussi à se mettre d'accord sur l'introduction dans ces instruments d'une disposition instituant une responsabilité pénale propre à charge du subordonné qui violerait la Convention sur l'ordre d'un supérieur. On a allégué tantôt que les principes de Nüremberg n'étaient pas conformes au droit interne de nombreux Etats, tantôt qu'il y avait trop de différences entre les systèmes juridiques nationaux.

5. Le problème s'est reposé en 1977, à la Conférence diplomatique chargée d'élaborer des Protocoles additionnels aux 4 Conventions de Genève de 1949. Le C.I.C.R. avait proposé un article excluant l'ordre supérieur comme cause d'excuse pour le subordonné qui commettait une infraction grave aux 4 Conventions et au 1er Protocole :

« Art. 77. — Ordres supérieurs.

1. Nul ne sera puni pour refus d'obéissance à un ordre de son gouvernement ou d'un supérieur dont l'exécution constituerait une infraction grave aux dispositions des Conventions ou du présent Protocole.

(3) MULLER-RAPPARD, E., *L'ordre supérieur militaire et la responsabilité pénale du subordonné*, Paris, Pédone, 1965, *Passim*.

(4) Voy. *L'obéissance militaire au regard des droits pénaux internes et du droit de la guerre*, Congrès de Dublin, 1970, Recueil de la Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, V, Strasbourg, 1971, vol. 1, *passim*.

(5) *Doc. off.*, Nüremberg, 1947, t. 1, pp. 235-236.

(6) MULLER-RAPPARD, E., *op. cit.*, p. 246; voy. aussi pour la mise en évidence de ces différences, ERMAN, S., « Rapport général sur l'obéissance militaire au regard des droits pénaux internes et du droit de la guerre », in *L'obéissance militaire, op. cit.*, pp. 354 et ss.

2. Le fait d'avoir agi sur ordre de son gouvernement ou d'un supérieur n'exonère pas un inculpé de sa responsabilité pénale s'il est établi que, dans les circonstances existantes, il devait raisonnablement se rendre compte qu'il participait à une infraction grave aux Conventions ou au présent Protocole et qu'il avait eu la possibilité de s'opposer à cet ordre. » (7)

Cette proposition fut loin de faire l'unanimité. L'examen des travaux préparatoires montre que les Etats se divisaient en trois groupes :

— Pour un premier groupe d'Etats, la responsabilité pénale du subordonné qui, sur l'ordre d'un supérieur, commettait une infraction grave au droit de la guerre, devait être absolue (8);

— Pour un second groupe, cette responsabilité devait être appréciée de manière plus relative et plus nuancée : il fallait tenir compte du contexte de l'espèce, de l'importance des pressions exercées par le supérieur sur l'exécutant, de la possibilité ou de l'impossibilité pour ce dernier d'échapper à l'ordre reçu, de sa connaissance du caractère illégal de l'ordre reçu, etc. (9).

Pour la Belgique,

« Le fait qu'une personne a agi sur ordre, ainsi que le fait dûment établi qu'elle n'avait pas la possibilité de s'y opposer seront pris en considération dans le déroulement du procès. De cette façon, le texte ouvrirait l'éventail des solutions classiques à la disposition du tribunal depuis les causes d'excuses et les circonstances atténuantes jusqu'à la responsabilité pleine et entière malgré l'ordre reçu. » (10)

— Pour un troisième groupe, l'introduction d'une disposition de ce genre risquait de remettre en cause les principes d'obéissance militaire absolue existant dans les diverses législations : avant d'en arriver là, il fallait encore approfondir l'étude de la question (11).

Finalement, devant la persistance des divergences, la Conférence renonça à adopter une disposition prévoyant que l'ordre de commettre une infraction n'exonérerait pas l'exécutant de sa responsabilité pénale. Comme en 1949, on tourna la difficulté en incriminant les violations des Conventions de 1949 et de leur 1er Protocole additionnel. En outre, et ceci est neuf par rapport à 1949 où l'on incriminait l'ordre illégal, mais non l'abstention ou l'omission, cette fois, on conféra une responsabilité pénale particulière aux commandants qui ne veillaient pas à empêcher leurs subordonnés de commettre lesdites violations : ce sont les articles 85-87 du 1er Protocole qui, tout en étant plus complets, correspondent aux articles 49/50/129/146 des 4 Conventions de

(7) C.I.C.R., *Projets de protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaires*, Genève, 1973, p. 100.

(8) Australie, Pologne, Norvège, Ukraine, Israël, Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit humanitaire, Genève, 1977, 4e session, doc. CDDH/1/SR.51, §§ 26, 50, 52; SR.52, §§ 24, 41.

(9) Syrie, Etats-Unis, Grande-Bretagne, Nigeria, Belgique, Libye, Canada, Pays-Bas, Philippines, Jordanie, France, Pakistan, *ibid.*, SR.51, §§ 25, 32, 43, 45, 47; SR.52, §§ 2, 7, 21, 29.

(10) *Ibid.*, SR.51, § 47.

(11) Chili, Egypte, Corée du Sud, Tunisie, Argentine, Inde, Oman, Uruguay, Corée du Nord, *ibid.*, SR.51, §§ 48, 49, 51; SR.52, §§ 14, 33, 39, 43, 45, 47, 48.

1949. Comme l'ont affirmé plusieurs commentaires à propos de ces derniers articles, ce type de disposition établit :

« La responsabilité conjointe de l'auteur d'un acte et de celui qui l'a ordonné : ils pourront tous deux être poursuivis comme co-auteurs. » (12)

L'absence d'accord des Etats sur un texte stipulant que l'ordre supérieur n'excuse pas la violation du droit de la guerre par le subordonné ne signifie donc pas que le principe ne fait pas partie du droit international. Consacré à Nüremberg et aux Nations Unies, il continue à lier les Etats qui y ont souscrit; même s'il ne figure pas comme tel dans les Conventions de 1949 et leurs protocoles additionnels, il n'en demeure pas moins que ces instruments qui doivent être interprétés à la lumière du droit de Nüremberg, permettent de poursuivre pénalement toute personne ayant commis un crime de guerre, qu'elle soit officier ou simple soldat.

#### B. LE PRINCIPE FIGURE PARTIELLEMENT DANS LE DROIT BELGE

1. *Le fait que l'ordre supérieur n'est pas toujours une justification pour le subordonné est un principe ancien du droit belge*

7. Jusqu'à l'adoption de la loi-règlement de discipline du 14 janvier 1975, la question de l'ordre supérieur était régie par les art. 28 du Code pénal militaire et 152 et 260 du Code pénal ordinaire. Le premier qualifie d'insubordination ou de révolte le fait pour un militaire de refuser d'obéir aux ordres de son supérieur. Les deux autres excusent les fonctionnaires et dépositaires de la force publique qui, sur ordre de leur supérieur hiérarchique, portent atteinte aux droits garantis par la Constitution (C.P., L. II, titre II) ou commettent des crimes ou des délits contre l'ordre public (C.P., L. II, titre IV).

8. En dépit du caractère strict de ces dispositions, la jurisprudence et la doctrine les interprètent depuis longtemps avec souplesse, faisant généralement prévaloir, lorsqu'on est en temps de guerre, le principe des « baïonnettes intelligentes » sur celui des « baïonnettes aveugles ». Comme le rappelle J. Gillissen (13), dès 1923, la Cour de cassation décidait que l'obligation d'obtempérer à l'ordre d'un supérieur hiérarchique n'avait :

« d'autre limite que celle qui résulte de l'art. 70 du code pénal, lorsque l'ordre a pour objet un fait défendu par la loi et dont l'exécution entraînerait la responsabilité pénale de son auteur. » (14)

(12) PICTET, J., *Les Conventions de Genève du 12 août 1949. Commentaires*, Genève, C.I.C.R., 1956, vol. IV, p. 633; dans le même sens, PILLOUD et MAUNOIR, cités par MULLER-RAPPART, E., *op. cit.*, p. 237.

(13) GILISSEN, J., « A propos du nouveau règlement de discipline des forces armées », *R.D.P. et Cr.*, 1975-1976, p. 308.

(14) Cass. b., 18 juin 1923, *Pas.*, 1923, 1, 375. L'art. 70 du C.P. dispose : « Il n'y a pas d'infraction lorsque le fait était ordonné par la loi et commandé par l'autorité ».

Ce principe largement reconnu en doctrine (15) a trouvé une première consécration législative en Belgique avec la loi de circonstance du 20 juin 1947 relative à la compétence des juridictions militaires en matière de crimes de guerre, loi dont l'article 3 stipule :

« ... le fait que l'inculpé a agi conformément aux prescriptions de lois ou règlements ennemis et aux ordres d'un supérieur hiérarchique ne peut être considéré comme cause de justification au sens de l'art. 70 du Code pénal, lorsque l'acte reproché constituait une violation flagrante des lois et coutumes de la guerre ou des lois de l'humanité. Il pourra éventuellement être considéré comme circonstance atténuante. » (16)

La jurisprudence d'après-guerre en a d'ailleurs fait application (17). Cette loi ne prétendait cependant pas introduire de nouveaux principes pénaux en droit belge. Il fut reconnu par la jurisprudence que l'art. 3 précité :

« a pour seul objet de préciser au regard de certaines catégories d'infractions, la portée exacte des articles 70, 152 et 260 du code pénal; qu'il a ainsi le caractère d'une disposition dont l'application ne violerait la règle de la non-rétroactivité de la loi pénale que si elle était étendue à des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi interprétée. » (18)

Autrement dit, le fait que la loi fût de circonstance puisqu'elle couvrait la période allant du 9 mai 1940 au 1er juin 1945 (art. 2) n'enlevait rien à la pérennité des principes qui y étaient énoncés.

Le principe de la non-justification de l'ordre supérieur pour l'exécution d'actes manifestement illicites a encore été reconnu par la Belgique en deux occasions : le 5 octobre 1945, lorsqu'elle adhéra à l'Accord de Londres du 8 août 1945 sur la Poursuite et le châtement des principaux criminels de guerre des Puissances de l'Axe (art. 5 de l'Accord et art. 8 du Statut du Tribunal militaire international de Nüremberg, annexé à l'Accord de Londres) et le 11 décembre 1946, lorsqu'elle vota, à l'Assemblée générale des Nations Unies, en faveur de la Résolution 95 (I) sur la Confirmation des principes de droit international reconnus par le Statut de la Cour de Nüremberg.

9. Enfin, en dehors du contexte de la deuxième guerre mondiale, la Belgique peut s'enorgueillir d'être un des très rares Etats à avoir poursuivi

(15) Voy. TROUSSE, P.E., « Droit pénal », *Les Nouvelles*, Bruxelles, Larcier, 1956, t. 1, vol. 1, n°s 2625 - 2636 et SCREVEN'S R., *ibid.*, 1967, t. 2, n° 1254; sur l'état de la question en droit belge, voy. encore GLASER, S., « L'ordre hiérarchique en droit pénal international », *Rev. dr. pén. et de crim.*, 1952-1953, pp. 286-289; VERHAEGEN, J., « Les impasses du droit international pénal », *ibid.*, 1957-1958, pp. 7-9; ARONSTEIN, G., « Un soldat peut-il refuser un ordre ? », *J.T.*, 1959, p. 648; MARCHAL, A., « Annotations relatives à l'ordre illégal en droit militaire belge », *Rev. dr. pén. milit. et dr. guerre*, 1965, pp. 275-289; LALLEMAND, R., « A propos de la discipline militaire et de l'obéissance aux ordres illégaux », *J.T.*, 1967, pp. 1-3; ANDRIES, A., « Les limites de la force exécutoire de l'ordre du supérieur en droit militaire belge », *Rev. dr. pén. et dr. guerre*, 1969, pp. 79-148; DE SMET, A., « De Gehoorzaamheid aan het onwettig bevel ten overstaan van het Belgisch intern strafrecht en van het internationaal strafrecht », in *L'obéissance militaire...*, *op. cit.*, pp. 51-86.

(16) *Pasin.*, 1947, p. 455.

(17) Cass. b., 4 juillet 1949, *Pas.*, 1949, 1, 517; 22 juillet 1949, *Pas.*, 1941, 1, 561; C.G. Bruxelles, 30 novembre 1948, *R.D.P. et Cr.*, 1849-1949, p. 303.

(18) Cass. b., 4 juillet 1949, *Pas.*, 1949, 1, 517.

pénalement ses propres militaires convaincus de crimes de guerre et à les avoir condamnés en écartant l'excuse de l'ordre supérieur (19). En l'espèce, il s'agissait d'un sous-officier de carrière belge qui faisait partie, en 1965, de l'Armée nationale congolaise au titre de la coopération technique militaire, et qui, lors de la répression des rébellions mulélistes dans l'Est du Congo, avait abattu une ressortissante congolaise alors que celle-ci se trouvait sans arme et en son pouvoir. Le sous-officier avait allégué pour sa défense que le commandant de secteur avait donné l'ordre « de tirer à vue sur tout élément incertain dans la zone interdite aux civils ». Les juridictions belges saisies de l'affaire constatèrent d'abord que le prévenu ne se trouvait pas dans une zone interdite, et que la victime n'avait rien d'un « élément incertain ». Mais surtout, le Conseil de guerre considéra :

« que dans l'interprétation donnée en pratique par le prévenu à cet ordre, à savoir le droit ou même le devoir de tuer une personne désarmée se trouvant en son pouvoir, l'ordre était manifestement illégal; que le droit d'exécuter ou de faire exécuter sans jugement préalable régulier une personne suspecte ou même rebelle, tombée au pouvoir des militaires de son Bataillon, sortait évidemment des pouvoirs du major D. et que pareille exécution constituait manifestement un homicide volontaire, que l'illégalité de l'ordre ainsi interprété n'était pas douteuse et que le prévenu devait refuser de l'exécuter. » (20)

Cette décision fut rendue en 1966; c'est dire si l'article 11, § 1, de la loi-règlement de discipline de 1975 ne fait que consacrer au plan légal un principe reconnu depuis longtemps en droit belge.

## 2. L'absence de justification tirée de l'ordre supérieur ne concerne que les commandements dont l'exécution s'apparente à un crime ou un délit.

10. L'article 11, § 2, de la loi-règlement ne vise pas toutes les violations du droit, mais uniquement celles érigées en crime ou en délit par la loi pénale.

Lors des travaux préparatoires en commission, le député Dejardin avait déposé un amendement interdisant d'exécuter un ordre « contraire aux lois ou aux prescriptions réglementaires » ou entraînant « manifestement la perpétration d'une infraction pénale » (21). Il était cependant apparu que cet amendement avait une portée trop vaste, qu'il ouvrait « la porte aux discus-

(19) Comme seuls autres exemples d'Etats ayant poursuivi pénalement leurs ressortissants et écarté l'excuse de l'ordre supérieur pour des violations du droit de la guerre, en dehors du contexte du deuxième conflit mondial, on peut citer Israël en 1958-1959 dans l'affaire du massacre de Kafr Kassem, cité par ARONSTEIN, G., *loc. cit.*, p. 648, la République démocratique du Congo en 1966 et 1968 pour diverses exécutions sommaires, cité par VERHAEGEN, J., « La culpabilité des exécutants d'ordres illégaux », *Rev. jurid. du Congo*, 1970, pp. 231-232, les Etats-Unis en 1969-1971 à la suite du massacre de My-Lai, *aff. Calley, Medina et Henderson*, *Keesing's Contemporary Archives*, 1971, pp. 24725 et ss. et 25121.

(20) *Aff. M.P. c. Sergent W*, Cons. guerre Bruxelles, 18 mai 1966, décision confirmée en appel au plan des principes, mais réformée au plan de la peine, Cour militaire, 14 juillet 1966, *Rev. jurid. du Congo*, 1970, pp. 236-239; *R.D.P. et Cr.*, 1972-1973, pp. 806-812; *Rev. de dr. pén. milit. et de dr. de la guerre*, 1969, p. 354; VERHOEVEN, J., « Jurisprudence belge relative au droit international », *R.B.D.I.*, 1975/2, pp. 715-716.

(21) *D.P.*, Chambre, session 1973-1974, 373 (1971-1972), n° 8.

sions sur la légitimité des ordres donnés », et qu'il risquait de compromettre le bon fonctionnement des forces armées. Le député avait alors accepté de retirer l'amendement en question (22).

Par conséquent, il faut obéir à un ordre illégal dès que son exécution n'est pas érigée en crime ou en délit. Même chose si l'exécution de cet ordre constitue une contravention (23).

11. L'article 11, § 2, vise-t-il les violations du droit international ? Incontestablement dans la mesure où ces violations constituent en droit interne des crimes ou des délits. Or, un problème peut se poser du fait que certaines infractions internationales — c'est-à-dire des actions incriminées par le droit international coutumier ou conventionnel — ne sont pas reçues comme telles par le droit interne belge, ou si elles en font partie, ne sont pas assorties de sanctions pénales précises. Ainsi, d'un côté l'*Papartheid* qui est érigée en infraction internationale par la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'*apartheid* (24) n'est pas reçue comme telle en droit belge, et n'est pas considérée comme infraction, la Belgique n'ayant jamais ratifié cette convention; d'un autre côté, les crimes de guerre, et en particulier les « infractions graves » aux Conventions de Genève du 12 août 1949 font partie du droit interne belge (la Belgique est partie aux Conventions de Genève du 12 août 1949, et de toute façon, l'incrimination internationale des violations du droit de la guerre fait partie de la coutume internationale, laquelle fait partie de l'ordre juridique belge), mais elles n'ont jamais été assorties de sanctions pénales spécifiques. Il existe un projet de loi en ce sens (25) mais il n'a jamais été adopté. A première vue, l'adage « *nullum crimen, nulla poena sine lege ulla* », appliqué strictement devrait donc s'opposer à la condamnation pénale de criminels de guerre.

Il n'en est cependant rien : cet adage n'empêche nullement la poursuite et la condamnation pénale des gens ayant violé certaines règles de droit humanitaire dès lors que la Belgique y est partie. Pour le montrer, on a envisagé séparément les deux éléments de l'adage : l'incrimination d'une part (le *crimen*), la sanction pénale d'autre part (le *poena*).

#### a) L'incrimination

12. Les normes de droit international qui s'imposent aux Etats sont celles qu'ils ont reconnues et acceptées comme telles. Il en va donc ainsi pour les règles du droit humanitaire qui comprennent les droits de l'homme et le droit de la guerre, à partir du moment où un Etat y a adhéré. La Belgique est partie aux Conventions de La Haye du 18 octobre 1907, de Genève du 12 août 1949,

(22) *Ibid.*, n° 9.

(23) GILISSEN, G., *op. cit.*, p. 307.

(24) N.U., A/Rés. 3068 (XXVIII) du 30 novembre 1973.

(25) D.P., Chambre, session 1962-1963, 577 (1962-1963), 1.

et à la Convention européenne des Droits de l'Homme de Rome du 4 novembre 1950. Elle reconnaît également les coutumes générales du droit de la guerre (26).

Ces règles lient directement les individus lorsqu'elles sont *self-executing*, c'est-à-dire lorsqu'elles leur confèrent directement des droits et des obligations, ce qui est précisément le cas des règles érigeant certaines violations du droit humanitaire en infraction internationale (27).

13. De fait, au lendemain de la deuxième guerre mondiale, nos juridictions ont appliqué *directement* les règles incriminant les violations du droit de la guerre en prononçant des condamnations pénales pour des crimes de guerre. Cette observation n'est pas démentie par l'adoption, le 20 juin 1947, d'une loi de circonstance déjà citée, dont l'article 2 stipulait :

« Sont jugées par les juridictions militaires conformément aux dispositions de la présente loi et à celles non contraires des lois de procédure pénale militaire, les infractions tombant sous l'application de la loi pénale belge commises en violation des lois et coutumes de la guerre entre le 9 mai 1940 et le 1er juin 1945 par ceux qui, lors de la perpétration des faits, étaient au service de l'ennemi ou d'un allié de l'ennemi à quelque titre que ce soit... » (souligné par nous).

Cette loi, comme l'a précisé la jurisprudence, ne contenait que des « dispositions de compétence et de procédure » (28) et ne dérogeait donc point au principe de la non-rétroactivité des lois pénales. En interprétant la loi de cette manière, la Cour de cassation soulignait que les incriminations en question existaient avant la promulgation de la loi, qu'elles faisaient partie du droit interne belge (29), et qu'elles liaient directement les individus.

#### b) La sanction

14. Les règles internationales incriminant les violations du droit humanitaire ne prévoient généralement pas de sanction pénale (30) et renvoient explicitement (31) ou implicitement (cas de la coutume) au droit interne pour l'édition de ces sanctions.

Or, dans la mesure où bon nombre de violations du droit humanitaire correspondent à des actes que le droit interne punit, comme par exemple le meurtre, la torture, la prise d'otages, rien ne s'oppose juridiquement à ce

(26) Voy. C.G. Brabant, 8 février 1950, *Pas.*, 1950, III, 37.

(27) Voy. ROLIN, H., in *Droit humanitaire et conflits armés*, Ed. de l'U.L.B., 1977, p. 254.

(28) Cass. b., 4 juillet 1949, *Pas.*, 1949, I, 517; voy. aussi GREVY, R., « La répression des crimes de guerre en droit belge », *R.D.P. et Cr.*, 1947-1948, pp. 806 et ss., et en particulier les §§ 5 et 16.

(29) Comp. GLASER, S., « Le principe de la légalité des délits et des peines », *R.D.P. et Cr.*, 1947-1948, pp. 234 et ss.; GREVY, R., *op. cit.*, p. 814, § 17.

(30) Pour une exception, voy. le Statut du Tribunal militaire international de Nüremberg dont l'article 27 dispose : « Le tribunal pourra prononcer contre les accusés convaincus de culpabilité la peine de mort ou tout autre châtement qu'il estimera être juste »; texte in Nations Unies, *R. T.*, vol. 82, p. 301.

(31) Cas des quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 en ce qui concerne la poursuite et le jugement des auteurs d'« infractions graves », I, art. 49, II, art. 50, III, art. 129 et IV, art. 146.

qu'on applique aux auteurs de ces actes les sanctions prévues par le droit pénal interne. Sans doute est-il vrai que celui-ci cesse partiellement de s'appliquer dans certaines circonstances et que des actes sanctionnables pénalement ne le sont plus — ainsi, en temps de guerre, il est permis d'attaquer des objectifs militaires ennemis. Mais en l'espèce, c'est le droit de la guerre qui rend licite ce type d'acte (32) (alors qu'en temps de paix, il serait punissable) en prenant le relais du droit pénal, et en suspendant l'application de certaines de ses dispositions (33); or le droit de la guerre ne suspend pas l'ensemble du droit pénal existant, et les dispositions qu'il suspend ne sont suspendues que pour certaines actions : s'il est, par exemple, permis au cours des combats d'abattre un soldat ennemi, il est en revanche interdit de l'abattre une fois qu'il est hors de combat (34). Le soldat qui transgresse cette interdiction commet un meurtre, et les règles pénales sanctionnant le meurtre pourront lui être appliquées (35).

En l'occurrence, l'adage « nullum crimen, nulla poena », aura été respecté : le droit de la guerre faisant partie de l'ordre juridique interne et liant directement les individus au même titre que le droit pénal, ce dernier reste applicable dans tous les cas où le droit de la guerre ne le suspend pas.

15. C'est ainsi que les juridictions belges ont pu, au lendemain de la deuxième guerre mondiale, condamner des personnes convaincues de crimes de guerre aux peines prévues par le code pénal belge pour des actes matériellement identiques tout en affirmant qu'elles ne portaient pas atteinte au principe de la non-rétroactivité des lois pénales (36).

En dehors du contexte de la deuxième guerre mondiale, les juridictions belges ont encore, à deux reprises, reconnu des personnes coupables de violations du droit de la guerre, et les ont condamnées aux peines prévues par le code pénal interne. Dans l'affaire *Ministère public c. Sergent W* citée plus haut, le Conseil de guerre de Bruxelles, après avoir considéré que :

« l'acte commis par le prévenu constitue non seulement un meurtre aux termes des art. 43 et 44 du code pénal congolais et 392 et 393 du code pénal belge, mais aussi une violation flagrante des lois et coutumes de la guerre et des lois de l'humanité. »

condamne le prévenu à cinq ans de réclusion criminelle, peine ramenée à un emprisonnement de 3 ans par la Cour militaire statuant sur appel (37). De

(32) Déclaration de St-Pétersbourg, 29 novembre 1868, texte in SCHINDLER, D. et TOMAN, J., *The laws of Armed Conflicts*, Leiden, Sijthoff, 1973, p. 96. Pour des décisions internes admettant la justification tirée de l'état de guerre en ce qui concerne l'accomplissement d'actes hostiles, voy. Cass. fr., crim., 9 février 1922, Sirey, 1922, I, 144; C.G. Brabant, 8 février 1950, *Pas.*, 1950, III, 37.

(33) Cf. GREVY, R., *op. cit.*, p. 808, § 6.

(34) Voy. entre autres, 4e Convention de La Haye du 18 octobre 1907, Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, art. 23, c; voy. aussi art. 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949.

(35) Sur la qualification pénale en droit interne, cf. GREVY, R., *op. cit.*, p. 822, §§ 29-30.

(36) Cass. b., 4 juillet 1949, *Pas.*, 1949, I, 517.

(37) C.G. Bruxelles, 18 mai 1966 et C. milit., 14 juillet 1966, *R.D.P. et Cr.*, 1972-1973, pp. 806-812.

même, dans l'affaire *Ministère public c. Mo. et consorts* — il s'agissait de para-commandos qui au cours de manœuvres militaires avaient torturé des « prisonniers » — le Conseil de guerre de Liège jugea que :

« tout acte rappelant la « question » et contraire au texte ou à l'esprit des conventions internationales relatives à la sauvegarde des droits de l'homme (Rome, 4 novembre 1950, art. 3) et au traitement des prisonniers de guerre (Genève, 12 août 1949, art. 13, 14 et 17) est une atteinte grave à la dignité humaine. »

et il condamna les prévenus sur base de l'article 398 du code pénal qui sanctionne les coups et blessures volontaires (38).

Ce qui est vrai pour le droit de la guerre l'est également pour les règles relatives aux droits de l'homme auxquelles les Etats sont parties. La dernière décision citée en atteste.

16. Ceci ne signifie pas qu'il sera toujours aisé de trouver dans l'arsenal des lois pénales existantes la sanction correspondant à telle ou telle violation spécifique du droit humanitaire. *Quid* par exemple de l'emploi d'armes prohibées ? Si l'on oblige des soldats à utiliser des gaz léthaux contre l'ennemi, pourra-t-on parler de meurtre alors qu'il n'y aurait pas eu meurtre si l'on avait utilisé des armes non interdites ? Le droit pénal étant d'interprétation restrictive, une réponse affirmative serait probablement sujette à discussion. Cela montre bien qu'en dépit du nombre d'infractions au droit humanitaire couvertes par le droit pénal interne, il reste souhaitable que le législateur adapte les lois pénales aux spécificités du droit humanitaire.

\*

\* \*

17. En résumé, les crimes et délits visés par l'article 11, § 2, comprennent non seulement les violations du droit interne incriminées par le droit pénal interne, mais également les violations du droit international qui, matériellement, correspondent aux crimes et délits de ce droit pénal. C'est pourquoi, M. E. Glinne est trop restrictif lorsqu'il cite seulement le non-respect des dispositions impératives de la Convention européenne des droits de l'homme : l'ensemble des lois et coutumes de la guerre auxquelles la Belgique est partie et dont les violations correspondent à des crimes ou des délits en droit interne sont également couvertes par l'article 11, § 2. Autrement dit, la torture, les traitements inhumains et l'esclavage ne constituent pas les seuls exemples d'« actes manifestement illégaux » ; en sont également un grand nombre de violations du droit de La Haye et de Genève : meurtre de non-combattants ou de personnes hors de combat, attaque de civils, de personnel sanitaire ou religieux, déportation de populations civiles, jugements irréguliers, absence de secours aux blessés, etc.

(38) C.G. Liège, 20 novembre 1972, *J.T.*, 1973, p. 148; J. Verhoeven critique la référence du Conseil au droit de la guerre, étant donné que les faits en cause n'avaient pas été commis en temps de guerre, *op. cit.*, p. 711.

18. S'il est clair que toutes ces infractions internationales sont couvertes par l'article 11, § 2, al. 2, il eût mieux valu, comme le suggère M. Glinne, le préciser en se référant expressément au respect des règles impératives du droit international. Cette précision eût été d'autant mieux venue que :

— les instructions de l'état-major général excusent le subordonné qui ignore l'illégalité de l'acte qu'on lui commande « à moins que cette illégalité ne fût manifeste » (Instructions précitées);

— la notion d'« illégalité manifeste » restant vague et incertaine, il conviendrait d'en cerner les contours, ne fût-ce qu'en précisant qu'elle recouvre les principales violations du droit international (39);

— la jurisprudence belge, comme on l'a vu, a déjà eu l'occasion de sanctionner pénalement l'exécution d'ordres illégaux aux termes de motivations d'autant plus significatives qu'elles se fondaient sur le respect des lois et coutumes de la guerre.

19. En conclusion, même si le droit international fait partie de l'ordre juridique interne et est supposé primer le droit interne, même si nul n'est censé ignorer la loi, et même s'il est clair que la plupart des actes interdits par le droit international sont suffisamment barbares pour apparaître comme manifestement illégaux à tout esprit raisonnable, il n'est jamais inutile de le souligner *expressis verbis* : comme le disait Talleyrand, ce qui va sans dire va encore mieux en le disant.

\*

\* \*

## II. EN DROIT INTERNATIONAL, L'ETAT DE NECESSITE N'EST INVOCABLE QUE DANS LA MESURE OU DES REGLES ECRITES LE PREVOIENT EXPRESSEMENT

20. Les instructions de l'état-major général relatives à l'article 11, § 2, al. 2, et la réponse du ministre au député Glinne énoncent l'idée que dans certaines circonstances exceptionnelles, le respect du droit international s'effacerait devant l'état de nécessité. Une telle affirmation n'est pas passée inaperçue. La doctrine s'en est émue (40) et un débat sur ce sujet a même été organisé à l'U.C.L. par les Professeurs P. Lievens et J. Verhaegen, avec la participation des Professeurs P. De Visscher et B. De Schutter, du 1er avocat général H. Bosly, et de deux juristes délégués par le ministère de la Défense nationale, le Lieutenant-Colonel administrateur militaire C. Delhay, et le capitaine de gendarmerie A.R.J. Duchatelet (41). Au cours de cette rencontre, on put entendre le Lieutenant-Colonel C. Delhay affirmer :

(39) Sur le flou de la notion, voy. les excellentes observations de VERHAEGEN, J., « L'illégalité manifeste et l'exception de la nation en péril », *J.T.*, 1973, pp. 629-630.

(40) Voy. VERHAEGEN, J., « L'illégalité manifeste... », *loc. cit.*, ainsi que « La tentation de la torture », *J.T.*, 1975, pp. 473-475.

(41) Voy. Séminaire de criminologie militaire, *La sauvegarde d'un intérêt vital de la notion. L'effet justificatif que lui reconnaît l'instruction A2*, U.C.L., Unité de droit pénal, doc. de travail 77, 3 octobre 1977.

« Si la justification liée à l'état de nécessité ne peut couvrir un crime de guerre pour sauver l'État ou le régime, ni *a fortiori* pour assurer le succès d'une opération militaire (ce qui serait subversif de tout droit international public), il reste que *cette justification doit être reconnue* lorsque se trouvant en jeu la survie du peuple (Nation) ou la sauvegarde de vies amies. » (42)

De son côté, le capitaine A.R.J. Duchatelet soutint :

« La Convention européenne constitue du droit positif. Comme telle, la Convention ne saurait donc prétendre imposer ses règles de façon inconditionnelle et ne saurait échapper à l'application de principes aussi élémentaires que l'état de nécessité. (...) *Même la torture*, moyen ultime et sans aucun doute rarement admissible (*sic*) ne saurait être *a priori* exclue pour sortir d'un conflit dont les termes ne sont jamais connus d'avance. » (43)

Quelque choquantes qu'elles soient en droit comme en morale, ces opinions qui confirment la position du ministère de la Défense nationale, méritent cependant d'être discutées. Elles le seront au seul plan juridique et indépendamment de toute considération philosophique ou éthique.

21. La violation du droit au nom de l'état de nécessité trouve dans l'ordre interne son fondement dans le droit lui-même puisque c'est ce dernier qui par l'intervention, quelquefois de la loi, le plus souvent du juge (44), rend légal ce qui avant cette intervention était considéré comme illégal. Or si le droit interne érige l'état de nécessité en principe général de droit soumis à l'invocation prétorienne du juge, il n'est pas sûr que le droit international admette de manière aussi souple le recours à l'état de nécessité pour cautionner la transgression de ses propres règles.

22. C'est lors de périodes troublées (guerre, insurrection, tensions internes, etc.) que le problème acquiert sa vraie dimension; c'est à ce moment-là en effet que les valeurs humaines les plus sacrées risquent de se trouver en conflit. Illustrons-le par un exemple classique : des policiers capturent une personne un peu après qu'elle ait déposé une bombe à retardement dans un endroit public, bombe qui doit sauter dans les 2 heures. Devant le refus de cette personne de dire où cette bombe se trouve, les policiers peuvent-ils utiliser n'importe quel moyen pour la faire parler — la torture, notamment — et tenter ainsi de sauver les innocents qui risquent d'être victimes de l'attentat ? Peuvent-ils ignorer les règles essentielles du respect de la personne humaine pour assurer la sauvegarde de plusieurs vies ? Peut-on mettre en balance l'intégrité corporelle d'un coupable contre l'intégrité corporelle de plusieurs innocents ?

On va tenter de répondre à ces questions en examinant d'abord dans quelle mesure le droit international admet l'état de nécessité, et ensuite, dans quelle mesure il est possible d'invoquer l'état de nécessité du droit interne pour faire échec au respect d'une règle de droit international.

(42) Séminaire..., *op. cit.*, p. 15, nous soulignons.

(43) *Ibid.*, p. 16, nous soulignons.

(44) Voy. FORIERS P. *De l'état de nécessité en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1951, pp. 179-320.

A. L'ETAT DE NECESSITE N'EST PAS UN PRINCIPE TRANSCENDANT  
DU DROIT INTERNATIONAL

23. Le problème énoncé ci-dessus a été posé en temps de paix, mais c'est surtout en temps de guerre que la doctrine l'a aperçu. Cela a de toute façon peu d'importance, car dans l'un et l'autre cas, l'existence ou l'inexistence de l'état de nécessité en droit international s'évalue selon des critères identiques.

Selon Oppenheim-Lauterpacht, beaucoup d'auteurs allemands d'avant 1914 estimaient que les lois de la guerre cessaient de s'appliquer en cas de nécessité; cependant, déjà à cette époque, ce point de vue n'était pas partagé par l'ensemble de la doctrine. Cette conception remontait en effet au temps où la guerre n'était régie que par des usages et non des règles coutumières et conventionnelles obligatoires. Dans cette hypothèse, il était permis, si la nécessité l'exigeait, de méconnaître des usages qui de toute façon, étaient dépourvus de force contraignante (45).

Aujourd'hui que la guerre est régie par des normes juridiques, un tel raisonnement tombe de lui-même; il en résulte que l'existence ou l'inexistence de l'état de nécessité dépendra uniquement de ce que ces normes prévoient. Dans un droit dont l'accord des Etats reste l'unique fondement, et où la jurisprudence par sa faiblesse quantitative ne joue qu'un rôle secondaire, l'état de nécessité n'émergera que dans les seules hypothèses où deux Etats au moins se sont mis d'accord pour lui donner naissance.

24. C'est particulièrement sensible pour les lois de la guerre qui, comme l'écrivait Ch. De Visscher

« représentent en fait une transaction entre les exigences militaires qui n'ont pour loi que l'utilité et pour fin le succès, et les aspirations d'ordre supérieur qui tendent à limiter au nom de la justice et de l'humanité, la liberté d'action des belligérants. » (46)

Laissons de côté le présupposé « idéaliste » de cette définition, et revenons sur terre pour constater que ces « aspirations d'ordre supérieur » sont uniquement celles que les Etats se reconnaissent mutuellement par voie d'accord. Le droit de la guerre et les droits de l'homme, en tant que réalité juridique internationale, n'existent pas autrement. Cela étant, il demeure que l'idée exprimée par Ch. De Visscher d'un compromis entre la volonté de ne pas se priver du droit de se défendre par les armes, et la volonté de ne pas utiliser n'importe quelle arme pour se combattre est exprimée par le droit de la guerre lui-même. Ainsi, la 4<sup>e</sup> Convention de La Haye de 1907 sur les lois et coutumes de la guerre sur terre, Préambule, 6<sup>e</sup> al. :

« Selon les vues des Hautes Parties contractantes, ces dispositions, dont la rédaction a été inspirée par le désir de diminuer les maux de la guerre *autant que les nécessités militaires le permettent*, sont destinées à servir de règle générale de conduite aux belligérants, dans leurs rapports entre eux et avec les populations. » (Nous soulignons.)

(45) OPPENHEIM, L., *International Law*, ed. by H. Lauterpacht, London, Longmans, 1958, vol. II, § 69.

(46) Cité par VERHAEGEN, J., « Les impasses... », *loc. cit.*, p. 24.

25. De fait, le droit humanitaire qui comprend à la fois le droit de la guerre et les droits de l'homme, connaît deux types de prescriptions :

— des prescriptions absolues, c'est-à-dire des règles à ce point fondamentales que rien ne peut en justifier la violation;

— des prescriptions relatives, c'est-à-dire des règles qui, lorsque les nécessités l'exigent, peuvent être dépassées.

1°) Les prescriptions absolues constituent un ensemble de règles minimales et irréductibles auxquelles aucune échappatoire n'est possible; telles sont notamment les prescriptions qui interdisent la violence gratuite, la violence qui cause des maux superflus, inutiles, cruels, barbares, la violence qui aboutit à des destructions trop importantes par rapport à l'avantage militaire escompté, la violence qui refuse au captif toute dignité humaine, tout droit, tout respect de son intégrité morale et physique, etc. Le caractère absolu de ces prescriptions ressort autant de leur contenu que de leur formulation. Il est ainsi prévu :

— soit qu'elles s'imposent en « tout temps et en tout lieu » : telles sont les garanties humanitaires fondamentales de l'art. 3 commun aux 4 Conventions de Genève de 1949, et de l'art. 4 du IIe Protocole additionnel à ces conventions; il s'agit entre autres de l'interdiction du meurtre, des traitements cruels, inhumains ou dégradants, de la prise d'otage, des condamnations sans un procès équitable, etc.;

— soit qu'elles doivent être respectées « en toutes circonstances » : ainsi, l'art. 1er commun aux 4 Conventions de Genève de 1949 et l'art. 1er, al. 1, du 1er Protocole additionnel disposant que « les hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente convention [ou (le présent protocole)] *en toutes circonstances.* » (Nous soulignons.)

Dans son commentaire des Conventions de Genève, J. Pictet écrit à propos de cet article :

« Les mots " en toutes circonstances " signifient qu'... une Partie contractante ne peut se donner aucun prétexte valable, d'ordre juridique ou autre, à ne pas respecter la Convention dans son ensemble... l'article 1er, loin d'être une simple clause de style, a été volontairement revêtu d'un caractère impératif. Il doit être pris à la lettre. » (47)

— soit qu'elles ne peuvent être suspendues même « en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation » : la Convention européenne des droits de l'homme (art. 15), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 4) et la Convention américaine de San José relative aux droits de l'homme (art. 27) prévoient que si la plupart de leurs dispositions peuvent être suspendues en cas de guerre, de crise grave ou de danger exceptionnel menaçant l'existence de la nation, certaines dispositions humanitaires fondamentales restent en vigueur même en cette circonstance. En gros, ces dispositions correspondent aux garanties humanitaires de l'art. 3 commun aux 4 Conventions de Genève de 1949, cité plus haut.

(47) PICTET, J., *op. cit.*, pp. 21-22.

2<sup>o</sup>) Les prescriptions relatives consistent en ces règles nombreuses dont le droit de la guerre tempère la rigueur sur base de circonstances extérieures comprenant notamment les nécessités militaires. Ainsi, l'art. 23 g de la 4<sup>e</sup> Convention de La Haye interdit :

« de détruire ou de saisir des propriétés ennemies, sauf les cas où ces destructions ou ces saisies seraient impérieusement commandées par les *nécessités de la guerre*. »  
(Nous soulignons.)

De même, l'art. 51 du 1<sup>er</sup> Protocole additionnel qui *a priori* interdit les attaques contre les civils et les attaques indiscriminées semble pourtant les admettre lorsque les pertes et dommages infligés aux civils ne sont pas « excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu », ou lorsque les bombardements visent des objectifs militaires qui, se trouvant dans une zone habitée par des civils, ne sont pas « nettement espacés et distincts » : autrement dit, le droit de la guerre tolère dans une certaine mesure les attaques contre des civils et les attaques indiscriminées s'il n'y a pas moyen de faire autrement et si l'on peut espérer en recueillir un avantage militaire substantiel (48).

En ce qui concerne les droits de l'homme, nous avons vu que les Etats parties aux instruments qui les garantissent peuvent en cas de guerre, de crise grave, ou d'« autre danger public menaçant la vie de la nation », suspendre une grande partie des droits qui y sont reconnus.

\*  
\* \*

26. Ces quelques exemples montrent que le droit humanitaire connaît l'état de nécessité, soit qu'il l'admet formellement, soit qu'il le rejette tout aussi formellement. C'est cette reconnaissance formelle qui distingue l'état de nécessité en droit international de son homologue en droit interne; en droit interne, l'état de nécessité apparaît comme un principe général de droit que l'on pourrait qualifier de transcendant dans la mesure où il est généralement invocable par tout sujet de droit à l'encontre de toute norme, sa recevabilité étant le plus souvent laissée à l'appréciation discrétionnaire des cours et tribunaux; en droit international, l'état de nécessité n'apparaît pas comme doué de transcendance dès lors que son admission est limitée aux seuls cas où une règle précise le prévoit. Il en résulte qu'en droit international, l'état de nécessité met en échec non pas n'importe quelle règle, mais uniquement celles qui en acceptent expressément l'invocation. Il est donc scientifiquement faux de prétendre à l'instar du ministre de la Défense nationale, que l'état de nécessité est une exception abandonnée à l'évaluation souveraine des intéressés. Un officier ne peut se référer à l'état de nécessité

(48) Dans un sens analogue, voy. 4<sup>e</sup> Convention de Genève de 1949, art. 49, al. 5 et 1<sup>er</sup> Protocole additionnel, art. 56 et 58; voy. aussi VERHAEGEN, J. « L'illégalité manifeste... », *loc. cit.*, p. 631 et n° 17.

que dans les rares hypothèses où le droit de la guerre lui en donne le choix. En dehors de cela, c'est en vain que cet officier se retranchera derrière l'état de nécessité pour justifier une violation du droit humanitaire, ou alors, comme l'écrit encore Ch. De Visscher, « on tombe dans le subjectivisme le plus arbitraire » (49).

27. Lors du débat tenu à l'U.C.L., les représentants du ministère de la Défense nationale ont reconnu les principes énoncés ci-dessus puisque dans une note consacrée à ce problème, ils écrivent :

« ... là où les textes des lois de la guerre ne prévoient pas de justification fondée sur la nécessité, les Etats, sujets du droit international public, ne peuvent prétendre justifier leurs décisions sur des impératifs de nécessité militaire, même si la défaite militaire devait être le prix du respect des conventions internationales. » (50)

Mais ils ajoutent ensuite en contradiction avec ce qui précède :

« Il semble cependant que même pour les Etats, la cause de justification fondée sur l'état de nécessité doit être admise lorsqu'il s'agit de la sauvegarde de la personne humaine. En effet, le fondement des conventions humanitaires étant le respect de la personne humaine, il paraît conforme à l'esprit et aux principes fondamentaux du droit d'admettre que dans un péril grave, actuel, menaçant des biens suprêmes de l'être humain, des mesures de sauvegarde soient prises, même en violation des textes normatifs, à condition que ces mesures soient indispensables et que, bien entendu, la valeur des intérêts en conflit soit proportionnée (REDSLOB, R., *Les principes du droit des gens modernes*, 1937, pp. 126 et 130).

Il serait vain de vouloir prétendre qu'une convention puisse prévoir toutes les situations, et s'en tenir en toutes circonstances au prescrit d'un texte pourrait mener à la négation même des valeurs que les textes ont voulu sauvegarder. » (50)

Ces affirmations n'appellent guère de commentaires : il ne s'agit pas, en effet, d'une argumentation juridique, mais d'une simple interprétation personnelle du droit humanitaire, interprétation critique qui n'engage que son auteur et qui ne peut porter atteinte aux règles claires et précises de ce droit. En dehors des cas où ces règles admettent expressément la justification de l'état de nécessité, on n'y trouve en effet aucun élément susceptible d'apporter le moindre écho à cette critique.

#### B. L'ADMISSION DE L'ETAT DE NECESSITE EN DROIT INTERNE NE FAIT PAS OBSTACLE A L'APPLICATION DU DROIT INTERNATIONAL DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNE

28. Un autre argument présenté par les délégués du ministère de la Défense nationale consiste à dire :

« ... il serait cependant injuste de diminuer en droit international pénal, les causes de justification que l'individu est en droit d'invoquer en droit pénal interne. Etant

(49) Cité par VERHAEGEN, J., « Les impasses... », *loc. cit.*, p. 22.

(50) Séminaire de criminologie militaire, *op. cit.*, p. 19.

(51) *Ibid.*, pp. 19-20.

donné que l'individu est aujourd'hui considéré comme sujet de droit international, il paraît juste et logique de lui reconnaître en droit international pénal les mêmes avantages qu'en droit pénal interne. Il en résulte qu'en droit international aussi, il faut reconnaître à l'individu le droit d'invoquer l'état de nécessité. (GLASER, S., « Quelques remarques sur l'état de nécessité en droit international », *Rev. de dr. pén.*, 1951-1952. » (52)

Cet argument serait plus convaincant que le précédent (cité *supra*, § 27) si le droit interne primait le droit international. Mais qui oserait encore le soutenir ? Dans l'ordre juridique international, il est bien connu que l'exception tirée de l'état du droit interne ne fait pas obstacle à l'application du droit international (53). Quant à l'ordre interne belge, la primauté du droit international y a été reconnue depuis l'arrêt *le Ski* (54). Bien plus : en ce qui concerne précisément l'état de nécessité, la prééminence des lois et coutumes de la guerre sur les décisions de l'Etat a été reconnue explicitement par notre jurisprudence au lendemain de la 2e guerre mondiale. Le fait que la plupart des décisions rendues à cette époque concernaient d'anciens collaborateurs ou des ressortissants ennemis n'amointrit nullement la portée juridique de leurs motivations. En voici un extrait significatif :

« Le décret qui ordonne l'exécution de francs-tireurs même surpris en flagrant délit ou de saboteurs sans procédure préalable régulière, judiciaire ou militaire, viole manifestement les lois et coutumes de la guerre et les lois de l'humanité... »

« La « *Verschärfte Vernehmung* » ou l'interrogation renforcée viole d'une façon flagrante les lois de l'humanité de par son essence... »

« Ni l'intérêt de l'Etat, ni même en temps de guerre, la nécessité de l'Etat ne peuvent tout justifier parce que, au-dessus de l'Etat, la conscience humaine et la conscience de la justice — dont le droit des gens et les lois et coutumes de la guerre ne sont pas l'expression parfaite — ont des exigences qu'aucun pouvoir d'Etat ne peut dénier ni briser notamment les lois de l'humanité. » (55)

29. Enfin, il a déjà été relevé (*supra*, § 20) que le commentaire de l'Instruction A 2 avait été fortement critiqué en doctrine. On a notamment écrit à propos de la Convention européenne des droits de l'homme que :

« L'article 3, par exemple, qui interdit toute torture, constitue une interdiction inconditionnelle en droit belge; aucun danger public menaçant la vie de la nation ne peut la justifier [la torture]. » (56)

Appréciation d'autant plus autorisée qu'elle émane de l'auditeur général de Belgique.

30. Conformément à ce qui précède, nous pouvons à présent répondre à la question posée initialement (*supra*, § 22) : les policiers qui arrêtent un individu convaincu d'avoir placé une bombe dans un lieu public ne peuvent

(52) *Ibid.*, p. 20.

(53) Voy. notamment la Convention de Vienne du 23 mai 1969, dont l'article 27 — « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité » — codifie la coutume existante.

(54) Cass., 27 mai 1971, *J.T.*, 1971, p. 471, observations J. Salmon.

(55) C.G. Bruxelles (2e Ch. flam.), 11 mai 1951, *Rec. Ann. de Jurisp. belge*, 1951, p. 122.

(56) GILISSEN, J., *op. cit.*, p. 309. Nous soulignons.

recourir à la torture pour le faire parler, car l'interdiction de la torture fait partie des règles auxquelles il n'est *jamais* possible de déroger, même en invoquant l'état de nécessité (57). Ces règles s'appliquent en temps de paix comme en temps de conflit armé.

Rappelons que si l'on se trouve en temps de guerre et si la personne arrêtée peut être considérée comme prisonnier de guerre, il est non seulement interdit à ses gardiens d'exercer la moindre contrainte pour obtenir d'elle « des renseignements de quelque sorte que ce soit », mais il est en outre interdit à cette personne elle-même de fournir des renseignements d'ordre militaire à la Puissance détentrice (58).

31. La sauvegarde de la personne humaine ne justifie pas la violation des lois destinées à assurer cette sauvegarde. Le droit international est catégorique là-dessus. Et si nécessité il y a, c'est de respecter le droit international, non de le violer. Comme l'écrit J. Verhaegen à propos du droit de la guerre :

« ... pendant longtemps encore, les quelques règles faisant partie du droit de la guerre constitueront un minimum si réduit qu'il paraît inconcevable qu'une circonstance puisse s'offrir où le Bien Commun universel serait manifestement mieux servi par la violation de ces règles que par leur stricte application. » (59)

(57) Convention européenne des droits de l'homme, art. 3 et 15, § 2; Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 5 et 27, § 2; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 4, § 2 et art. 7; Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines aux traitements cruels, inhumains ou dégradants, Assemblée générale des Nations Unies, A/Rés. 3452 (XXX), 9 décembre 1975, art. 3; Conventions de Genève du 12 août 1949, art. 3; 1er Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, art. 75, § 2; 2e Protocole additionnel, art. 4, § 2.

(58) IIIe Convention de Genève du 12 août 1949, art. 17, al. 1, 2 et 4 et commentaire J. Pictet, *La Convention de Genève relative au traitement des Prisonniers de guerre*, Genève, C.I.C.R., 1958, p. 166.

(59) « Les impasses... », *loc. cit.*, p. 23.