

# L'ACTIVITÉ MILITAIRE EN PÉRIODE DE CRISE

CONDITIONS ET LIMITES  
DE SA JUSTIFICATION  
EN DROIT PÉNAL BELGE (\*)

PAR

Jacques VERHAEGEN

PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT  
UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

DIVISION

- I. — Etat de crise et légalité de crise.
- A. — Les conditions de la légalité élémentaire de crise.
  - B. — La légalité formelle de crise et ses règles.
- II. — La limitation de l'activité militaire par *les normes du droit international*.
- A. — Le caractère irréductible des normes impératives du droit international conventionnel.
  - B. — Le caractère non exhaustif des règles explicites du droit international conventionnel.
    - § 1<sup>er</sup>. — Les principes généraux du droit international.
    - § 2. — Les implications logiques des règles et principes du droit international.
    - § 3. — L'erreur d'appréciation de l'agent.
- III. — La limitation de l'activité militaire de crise par *les normes du droit interne*.
- A. — Les principes généraux du droit pénal belge.
  - B. — Les incriminations « préventives » du droit pénal belge.
- Conclusion.

(\*) Communication faite au Séminaire de droit pénal militaire et de droit de la guerre, le 29 mars 1985.

## I. — ETAT DE CRISE ET LÉGALITÉ DE CRISE

L'état de crise dans lequel l'Armée peut être amenée à déployer son action couvre aussi bien l'état de guerre et l'état de siège que toute situation justifiant le recours à la force armée pour le maintien ou le rétablissement de l'ordre ou la simple application de la loi. Toutes ces situations se caractérisent par la nécessité cruciale pour l'agent de la force publique d'enfreindre les règles du droit commun aux fins de réaliser la mission d'ordre public qui lui est confiée.

Cet affranchissement des règles habituelles de la vie en société, caractéristique du temps de crise, ne signifie pas pour autant que le militaire et l'autorité publique qui le commande agiraient et décideraient dans le « vide juridique » (1). L'un comme l'autre restent en tout état de cause soumis à ce que l'on peut appeler la « légalité de crise ».

Réduite à ses dimensions minimales, telle que l'ont décrite les codes pénaux modernes là où ils réglementent l'état de nécessité et la légitime défense, cette légalité de crise rejette d'emblée dans le champ de l'injustifiable, donc de l'illégal, les mesures dommageables *dépourvues d'utilité* publique (lésions gratuites) et les mesures même utiles dont les dommages *excéderaient les strictes nécessités* publiques, lesquelles auraient pu être servies « à moindres frais » (les conventions internationales reprendront le critère sous l'appellation de « maux superflus ») (2).

Elle suffit également à condamner la mesure, justifiée peut-être par des nécessités publiques, mais se payant d'un prix excessif, *disproportionné* au regard des diverses valeurs en jeu. Ce qui suppose que soient ici mises en balance l'importance de l'avantage public escompté et la gravité du sacrifice infligé, notamment sur le plan *humain*. Le moyen de guerre militairement ou politiquement indispensable mais inacceptable juridiquement *en raison de sa seule violation d'un « principe supérieur d'humanité »* peut prendre fondamentalement trois formes élémentaires, reprises d'ailleurs dans certaines conventions pour la répression du terrorisme. Seront sur base de ce critère condamnés *absolument*, d'une part, les méthodes et moyens cruels, inhumains qui, même appliqués à des combattants, sont de nature à produire des *effets traumatiques excessifs* ; d'autre part, les méthodes et moyens attentatoires aux *personnes et biens spécialement protégés*, notamment les populations civiles. Enfin, les moyens et méthodes non sélectifs, *indiscriminatoires*, aveugles, propres à frapper indistinctement combattants et tiers au combat.

A cette condamnation élémentaire des lésions gratuites, des lésions superflues et des lésions disproportionnées, condamnation à laquelle

(1) « La sphère vide de loi ou d'une manière générale de source formelle n'est pas la sphère vide de droit » (*rechtsleerer raum*), Jean DABIN, *Ann. dr. sc. pol.*, 1936, p. 150.

(2) Notamment, article 23.e. du Règlement annexé à la Convention de La Haye du 18 octobre 1907.

n'échappe aucune situation, si cruciale soit-elle, s'ajoutera la censure de ce que l'on appellera les manquements à la *légalité formelle de crise*, violation de règles ayant essentiellement pour objet de dégager, d'expliciter et de préciser à l'endroit de situations porteuses de risques particuliers et exigeant des directives plus transparentes, quelques-unes au moins des implications certaines des règles premières (3).

A. — *Les conditions de la légalité élémentaire de crise.*

A une époque où peu de législateurs encore avaient entrepris de réglementer l'« état de nécessité » en droit pénal et où le droit international humanitaire en était à ses premiers balbutiements (la Déclaration de Saint-Petersbourg date de 1868), on gratifiera J.-J. Haus, principal auteur du Code pénal belge, d'avoir abordé la réglementation de l'activité de guerre en termes de « nécessité justificative ».

C'est en effet sous la rubrique des « actes commandés par la nécessité » que ses « principes généraux du droit pénal belge » (3<sup>e</sup> éd. 1879) traitent de la question des opérations militaires. Haus y rappelle que « la guerre justifie les destructions, dégradations et dommages que l'autorité militaire juge nécessaires pour la défense du pays (Bruxelles, 27 juillet 1826 ; 14 juin 1849) » (4) signifiant par là que l'absence de conventions internationales ne suffit pas à faire échapper l'activité de guerre à l'emprise du droit.

On ne s'étonnera guère que Haus n'ait pas été plus loin dans l'analyse, qu'il n'ait pas tenté de rendre compte de l'autre condition élémentaire de l'état de nécessité justificatif : la proportion entre la gravité de la lésion infligée aux hommes ou aux choses et l'importance de la valeur sauvegardée. Si la condition ne lui est certainement pas inconnue (il en fera notamment usage pour enserrer dans les limites les plus étroites le recours aux lésions corporelles et à l'homicide pour la défense légitime des biens), on pouvait difficilement s'attendre à ce qu'il appliquât spontanément la règle aux opérations militaires à une époque où seuls quelques prophètes osaient évoquer l'existence de principes supérieurs d'humanité opposables même aux nécessités militaires et aux « intérêts vitaux » de l'Etat et de la nation.

Il faudra attendre plusieurs décennies pour en voir formuler le principe notamment dans le préambule de la Convention de La Haye (5) et dans les quatre Conventions de Genève d'août 1949 (6) et pour constater la mise en œuvre de cette règle dans les diverses conventions condamnant le recours à tout moyen ou méthode de combat politiquement et militaire-

(3) Cf. J. VERHAEGEN, « Notions floues et droit pénal », in *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, pages 18 et 19 et Avant-propos de « *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs* », Bruylant, Bruxelles, 1982, p. 9.

(4) HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, éd. 1879, n° 615, p. 468.

(5) Clause dite de Martens.

(6) Respectivement aux articles 63, 62, 142 et 158 des Conventions I à IV et à l'article I du 1<sup>er</sup> Protocole additionnel de 1977.

ment justifié peut-être, mais *humainement inacceptable* (7), propre notamment à causer, même aux combattants, des « effets traumatiques excessifs » (8), à atteindre directement ou de façon indiscriminatoire des personnes spécialement protégées ou dont on peut attendre qu'il causera des dommages « étendus, durables et graves à l'environnement naturel » ... (9).

B. — *La légalité formelle de crise et ses règles.*

C'est précisément parce que les notions de lois de l'humanité, d'exigences de la conscience publique, de maux superflus, d'effets traumatiques excessifs et de traitements inhumains restent singulièrement abstraites et risquent d'être interprétées différemment et erronément par des agents plongés dans le feu de l'action, c'est parce que le militaire, dans l'accomplissement de son action violente a, plus que tout autre, un urgent besoin de repères visibles, capables de lui désigner dans la pire des circonstances le seuil du militairement excessif ou de l'humainement inacceptable, qu'il convenait de dégager à son intention et à l'intention de ceux qui seraient appelés à le commander et à le contrôler, quelques-unes au moins des implications *concrètes et précises* de ces principes, universels et impératifs certes, mais généraux et flous.

Il était donc désirable dans l'intérêt de l'agent aussi bien que de ses victimes potentielles que le droit, soit national, soit international, s'attachât à fixer de tels repères *aisément reconnaissables et absolument infranchissables*, qu'il rappelât de façon explicite et non équivoque que des pratiques telles que la contrainte exercée sur les prisonniers, la prise d'otages, les représailles sur les personnes et les lieux protégés, l'usage de projectiles indétectables dans le corps humain ... restent inconditionnellement prohibés au regard des lois de l'humanité, sans que puissent être opposés à de telles interdictions ni la nécessité de sauvegarder un intérêt vital de la nation, ni le droit de défense contre l'agression, ni les exigences de la discipline militaire, ni la solidarité de corps, ni la transgression de la règle par le camp adverse ...

Il est heureux que, complétant cette action et lui donnant sa pleine efficacité, certaines législations, nationales notamment, aient voulu mieux encore viser *la prévention* du crime de guerre en s'attaquant à *sa genèse*, aux situations qui y conduisent naturellement, en recourant à cette fin à la technique du « délit-obstacle ». Procédé dont l'efficacité en matière de criminalité de crise l'emporte de loin, on l'admettra, sur tout ce qui peut être escompté d'une répression *post factum*.

(7) Cf. J. VERHAEGEN, « L'humainement inacceptable en droit de la justification », in *Licéité en droit positif et Références légales aux valeurs*, Bruylant, Bruxelles, 1982, pp. 137 à 167.

(8) Protocole I annexé à la Convention de Genève du 10 octobre 1980.

(9) Article 35.1 et 55 du 1<sup>er</sup> Protocole additionnel de Genève du 10 juin 1977.

## II. — LA LIMITATION DE L'ACTIVITÉ MILITAIRE PAR LES NORMES DU DROIT INTERNATIONAL

Que les conditions de la légalité de crise, celle notamment du temps de guerre, sous ses deux formes élémentaires du militairement nécessaire et de l'humainement acceptable, aient été pendant des siècles systématiquement méconnues et bafouées, obligeait raisonnablement les Etats à un effort substantiel pour en formuler et en imposer les exigences concrètes et précises sous la garantie, le cas échéant, de sanctions pénales.

S'ils finirent par s'y résoudre sous la pression d'une opinion sensibilisée (très fugitivement, il est vrai) aux atrocités du champ de bataille décrites par un Henry Dunant ou aux crimes contre l'humanité évoqués lors des procès consécutifs au second conflit mondial, les Etats n'allaient néanmoins s'engager dans cette voie qu'avec une extrême circonspection.

On ne peut à vrai dire s'en étonner de la part d'institutions étatiques peu soucieuses de se déclarer liées par des considérations d'humanité, si élémentaires fussent-elles, dans le domaine le plus traditionnellement réservé à leur souveraineté : celui de la défense nationale et de la direction de la politique étrangère.

Cette réticence devait se manifester de différentes façons. Il est tout d'abord évident qu'appelés à assumer leurs responsabilités en matière de droit humanitaire, les Etats se lieraient plus volontiers aux règles compromettant le moins la poursuite de leurs objectifs, à savoir les règles assurant la protection des non-combattants (spécialement en territoire occupé) et des personnes mises hors de combat, ce qui explique déjà le développement initialement plus rapide du droit dit de Genève. S'agissant du droit de La Haye qui a pour objet de limiter les moyens de combat proprement dits, il était tout aussi prévisible que les Etats tenteraient d'en réduire les interdictions aux seuls moyens et méthodes causant des maux militairement *superflus* (10). Qu'enfin, ils auraient tendance à ne jamais se considérer liés que par des accords internationaux bilatéraux ou multilatéraux, sous la stricte réserve de réciprocité et en donnant la préférence aux engagements « flous » leur offrant la possibilité d'une interprétation unilatérale et souveraine le jour où surgirait la controverse (11).

Bien qu'une législation ayant essentiellement pour objet d'arbitrer les conflits opposant l'Homme et les nécessités publiques en temps de crise puissent parfaitement se concevoir dans le cadre du seul droit interne et n'ait nul besoin de l'assentiment d'Etats étrangers (12), le fait que les

(10) Cf. J. VERHAEGEN, « Une interprétation inacceptable du principe de proportionnalité », *Rev. Dr. Pén. Mil. Dr. Guerre*, 1982, pp. 329 à 335.

(11) Cf. J. VERHAEGEN, « Notions floues et droit pénal », art. cit., p. 8.

(12) Rapprocher des principes du droit extraterritorial : « Il est souhaitable que les Etats puissent pratiquer l'extradition même en l'absence de conventions internationales » (Recommandation II du X<sup>e</sup> Congrès international de droit pénal, Rome, 1969).

règles « explicites et précises » du *jus in bello* se soient plutôt développées par la voie d'accords internationaux pouvait présenter d'évidents avantages dans la perspective même de l'objectif à atteindre. Par cette voie en effet, un nombre de plus en plus étendu d'États se trouvaient amenés à s'entendre sur l'existence et la portée des limites légales précises de l'activité de crise et de guerre (13). Pareilles interdictions et obligations, internationalement reconnues, se verraient assurer en outre la prévalence attachée aux normes de droit international sur les dispositions moins protectrices du droit interne (14). Enfin, les transgressions de ces normes se verraient *ipso facto* conférer la qualité de crimes de droit international justiciables de la compétence universelle des États nationaux et de leur procédure d'extradition exclusive de l'exception politique (15), sans que les transgresseurs puissent encore trouver dans la compétence territoriale limitée des juridictions nationales une garantie d'impunité.

L'inconvénient parfois allégué et tiré du fait que les conventions internationales ne prévoyant pas elles-mêmes les sanctions pénales applicables à leurs violations, obligent les juges — sous peine de méconnaître gravement le principe « *nulla poena sine lege* » — à limiter la répression des crimes de droit international aux seuls cas prévus par leur législation criminelle nationale, cet inconvénient ne devait finalement pas constituer une entrave bien grave à l'application des incriminations internationales.

Si, comme on le constata en Belgique à l'occasion des poursuites intentées sur base de la loi du 20 juin 1947 (16), l'exigence d'une peine et donc d'une incrimination expressément prévue par la loi *interne* aboutit effectivement à faire échapper quelques crimes de droit international à la condamnation pénale (par exemple : le fait de causer de grandes souffrances, la participation par omission ...) ou plus fréquemment, à leur éviter une peine relativement sévère rendant compte de la gravité particulière de l'atteinte à l'ordre international, il faut reconnaître que ces entraves n'ont finalement pas gêné fondamentalement l'action pénale dirigée contre les criminels de guerre. Même strictement limitées par le principe « *nulla poena sine lege* », les règles expresses du droit international conventionnel appliquées par les

(13) « Lorsqu'une convention internationale ... oblige les belligérants, de manière expresse, à accomplir un acte déterminé ou le leur interdit, la violation de pareille obligation ou interdiction est nécessairement une violation flagrante des lois et coutumes de la guerre ... », R. HAYOIT DE TERMICOURT, conclusions avant cassation, 4 juillet 1949, *Pas.*, 1949, I, 514.

(14) Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, 919. En ce sens : « Une idée fondamentale du statut est que les obligations internationales qui s'imposent aux individus priment leur devoir d'obéissance envers l'État dont ils sont ressortissants. » (*Statut du Tribunal international de Nuremberg.*)

(15) Cf. par exemple art. 146, al. 2 de la IV<sup>e</sup> Convention du 12 août 1949 et article 12 du projet de loi belge n° 577 (1962-1963) relatif à la répression des infractions graves aux Conventions de Genève.

(16) Cf. note R.H. sous cass., 4 juillet 1949, *Rev. Dr. Pén. Crim.*, 1948-1949, p. 997 et J. VERHAEGEN, « La répression des crimes de guerre en droit belge. Aléas et perspectives », in *Mélanges Hans-H. Jescheck*, Duncker et Humblot, Berlin, 1985, p. 1442.

juges nationaux paraissent, aujourd'hui, encore largement suffisantes pour assurer une répression efficace.

A deux conditions toutefois : que ne soit en aucune façon mis en cause ni le caractère impératif, ni le caractère non exhaustif de ces dispositions explicites et précises du droit international des conflits armés.

A. — *Le caractère irréductible des normes impératives du droit international conventionnel.*

L'article 15 de la Convention européenne des droits de l'Homme nous offre une parfaite image d'un mécanisme législatif ingénieux propre à concilier en période de crise les intérêts publics et les droits fondamentaux de l'Homme dans leurs conflits latents. Après avoir en un premier temps imposé une évaluation des intérêts personnels et publics concurrents (§ 1), la disposition dans un deuxième temps (§ 2), soustrait impérativement à toute évaluation comme à toute mise en balance une série de mesures — parmi lesquelles les actes illicites de guerre — que la Convention répute *juris et de jure* excessivement attentatoires aux droits fondamentaux de la personne humaine et opposables même à l'argument des nécessités vitales de la nation, quelles que soient les circonstances du conflit.

Fixant pour la première fois et de façon directement contraignante la place de l'Humain et de ce qui ne saurait lui être enlevé, face aux intérêts publics les plus impérieux, cette notion de « droits et obligations de type intégral » (17) représente assurément l'acquis le plus important du nouveau droit issu du second conflit mondial (18). Apport qui, plus heureusement encore, ne devait point rester à l'état de pure vue de l'esprit.

La décision rendue par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire République de l'Eire contre Royaume-Uni (18 janvier 1978) en a fait parmi d'autres une application particulièrement remarquable :

« 163. — La Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime. L'article 3 ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles nos 1 et 4, et d'après l'article 15, § 2 il ne souffre nulle dérogation même en cas de danger public menaçant la vie de la nation ».

L'article 60 (5) de la Convention de Vienne relative au droit des traités avait rappelé de la même façon que les dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire font, par-delà les compromis réalisables entre nécessités publiques et respect des droits fondamentaux de l'Homme, partie intégrante de ce *minimum irréductible* dû à la personne humaine dans la pire des circons-

(17) Cf. G. G. FITZMAURICE, « Rapport sur le projet de convention », *Ann. Comm. du Dr. Intern.*, vol. II.

(18) Cf. J. VERHAEGEN, « Le vote du projet de loi belge n° 577. — Un enjeu international », *Journal des Tribunaux*, fév. 1982, p. 227.

tances, sur lequel ne pourrait même prévaloir l'argument de la réciprocité. Minimum transactionnel, réfractaire par conséquent à l'action érosive des nécessités politiques et militaires.

Depuis une dizaine d'années, plusieurs auteurs ont en Belgique rappelé la controverse à laquelle donna lieu certain Règlement militaire dont une disposition réintroduisait *contra legem* l'exception de l'intérêt vital de la nation pour rétablir l'obéissance obligatoire à un ordre pouvant entraîner la réalisation d'un crime ou d'un délit et jusqu'à la transgression d'un impératif « absolu ». On sait que sur ce point au moins le Règlement a récemment été amendé et comme on l'a fait observer lors du dernier Séminaire de droit pénal militaire et de droit de la guerre : « il n'est plus contesté en droit que l'état de nécessité ne peut constituer en droit international une cause de justification ... Le conflit de droits ne peut jamais aboutir à vinculer les interdits absolus du droit international » (19).

B. — *Le caractère non exhaustif des règles explicites du droit international conventionnel.*

Le développement par voie d'accords internationaux des règles expresses et précises du *jus in bello* ne doit pas faire oublier l'existence et le caractère tout aussi contraignant des principes généraux du droit humanitaire et des implications logiques et certaines tirées desdites règles et des normes premières.

Certes, de tels principes généraux, de telles règles implicites, pour être perçus par l'agent et s'imposer à son action, réclameront inévitablement de lui un effort d'attention, voire de raisonnement dont nul n'oserait prétendre que l'exécutant pourra toujours le fournir dans le feu de l'action (19bis) ni que l'illégalité de l'ordre qui les viole apparaîtra nécessairement *flagrante* à ses yeux. Or, comme chacun sait, d'une illégalité *non flagrante* aucun exécutant ne sera jamais tenu pour pénalement responsable. C'est ce qu'avec beaucoup d'avance sur son temps, l'auteur du Code pénal belge de 1867 rappelait dans ses *Principes généraux* : « La responsabilité des militaires sous les armes est la même que celle des agents civils. Les uns et les autres sont coupables lorsqu'ils ont exécuté un ordre dont la criminalité a dû leur apparaître d'une manière évidente » (20).

Il reste que la méconnaissance d'un principe général ou d'une règle implicite, si elle peut donner plus facilement ouverture à l'erreur exonéra-

(19) Colonel Cl. DELHAYE, Rapport au Séminaire (1985) de droit pénal militaire et de droit de la guerre. On pourra cependant regretter que la formule nouvelle qui, dans le Règlement militaire, fut substituée à la disposition litigieuse, prête encore à confusion dans la mesure où elle évoque l'exception de la nécessité militaire sans rappeler en même temps que les règles impératives du *jus in bello* ne souffrent précisément aucune exception.

(19bis) Cf. J. VERHAEGEN, « Les impasses du droit international pénal », *Rev. Dr. Pén. Crim.*, oct. 1957, pp. 37 à 42 et *passim*.

(20) HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, éd. 1879, n° 613, p. 467.



toire de la responsabilité de l'agent, n'enlève rien au caractère *obligatoire* de ces normes de droit international. En juillet 1949, le premier avocat général R. Hayoit de Termicourt le rappelait à propos de l'interdiction « implicite » de la pratique des otages *avant* les Conventions d'août 1949 (tout en réservant la question de l'imputabilité subjective du fait à l'inculpé) : « Si l'arrêt, pour acquitter le prévenu (s'était fondé) sur la considération que l'exécution d'otages est en principe licite (et que) la participation à pareille exécution n'est pas une violation des lois et coutumes de la guerre ..., je proposerais à la Cour d'accueillir le moyen du pourvoi » (21).

### § 1<sup>er</sup>. — Les principes généraux du droit international.

Qu'il s'agisse de droit national ou international, nous avons rappelé plus haut que réduite à sa plus simple expression, la légalité de crise requerrait l'appropriation de la mesure à la réalisation de l'objectif militaire (excluant les lésions gratuites et les lésions excédant le strict nécessaire) et l'appropriation de la mesure aux exigences de l'humanité (excluant les dommages politiquement ou militairement nécessaires mais humainement excessifs ou absolument inacceptables).

Nombre d'auteurs ont semblé dénier à cette limite ultime de toute « justification » la valeur d'une règle de droit positif, à tout le moins d'une règle praticable : « *lex infinita, transgressio permissa ...* ».

Et cependant, encore qu'on accepterait de faire abstraction de toute référence obligée aux valeurs sociales fondamentales qu'implique l'état de nécessité en droit pénal positif (22) et qu'on accepterait de se placer exclusivement sur le plan du droit international *contractuel*, il reste que l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'Homme (autant que sa clause « démocratique » insérée à plusieurs endroits pour rappeler la limite ultime des « nécessités de l'ordre public ») condamne expressément tout *traitement inhumain* « même en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation » (23). Il reste qu'en matière de droit des conflits armés, la « clause de Martens », disposition supplétive ultime des prescriptions expresses du droit humanitaire, reprise dans chacune des

(21) *Pas.*, 1949, I, 513.

(22) « Il ne faut pas hésiter à peser et à comparer les valeurs entre lesquelles l'agent doit choisir, à l'aide de considérations supra-légales, tirées des conceptions générales de la culture », MEZGER, *Strafrecht*. Également la formulation du § 34 du nouveau Code pénal d'Allemagne fédérale, celle de l'article 23, § 1<sup>er</sup> du Code pénal polonais, l'article 10 du Code pénal autrichien ... Dans le même sens, P. FORIERS, *De l'état de nécessité en droit pénal*, Bruxelles, 1951, n° 504 et Charles DE VISSCHER, cité in *Annales parlementaires* (Chambre), 1946-1947, p. 13 : « Il y a dans l'ordre juridique international comme dans l'ordre juridique interne, certains principes ou certaines normes dont l'autorité est indépendante du commandement de l'Etat, supérieurs, en d'autres termes, à toute prescription émanant, de façon expresse ou tacite, de la volonté des gouvernants. Ces règles primaires ou morales, les Etats ne les ont pas créées, c'est d'elles-mêmes qu'elles s'imposent aux Etats ».

(23) V. aussi article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 27, § 2 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme ...

quatre Conventions de Genève de 1949 ratifiées par la Belgique en 1952, condamne tout aussi formellement la mesure incompatible avec les principes du droit des gens tels qu'ils résultent des « exigences de la conscience publique et des principes de l'humanité » (24).

Pas plus que la notion de droits et obligations de type intégral et absolu, cette référence du droit international conventionnel aux « principes supérieurs d'humanité » n'était destinée à rester simple clause de style ! C'est essentiellement sur base de ces principes et en l'absence de disposition *expresse* condamnant la pratique des otages que la Cour de cassation de Belgique dans le *leading case* Muller et consorts a approuvé l'arrêt de la Cour militaire qui en la cause avait écarté la justification tirée de l'ordre hiérarchique dès lors qu'il s'agissait « de l'exécution d'un ordre auquel désobéissance est due en raison de la violation manifeste d'un principe supérieur d'humanité ». Même s'il fallait, en l'occurrence, faire profiter le prévenu de son erreur de droit, en raison de la longue pratique suivie par les armées des grandes puissances de l'époque et de certaines circonstances propres à l'espèce (25).

§ 2. — Les implications logiques des règles et principes du droit international.

La tendance des Gouvernements nationaux à ne ratifier qu'avec prudence et réserve et à interpréter étroitement et restrictivement les règles expresses et précises du *jus in bello* a pu non seulement les inciter à rejeter comme non contraignants les principes généraux dont ces règles sont issues mais peut encore les amener à qualifier d'analogiques les applications les plus évidentes de ces règles aux faits les moins équivoques, toute fluidité de la norme étant dès lors exploitée pour échapper à toute qualification légale, encore que le raisonnement pour y parvenir déferait le bon sens (26).

On connaît la boutade de l'individu surpris dans un parc à piétiner sauvagement un superbe parterre d'azalées devant un écriteau interdisant de marcher sur la pelouse. Au gardien qui l'interpelle, il répond : « M'avez-vous vu marcher sur une pelouse ? ». Cent fois, la réponse a pu être appliquée à l'argumentation de délégués gouvernementaux aux conférences diplomatiques et à celle de leurs mandants.

(24) V. Conventions de Genève du 12 août 1949, ratifiées par la Belgique, note 6, *supra*. La référence aux principes supérieurs de l'humanité figure encore à l'article 3 de la loi belge du 20 juin 1947 comme limitant l'obéissance aux ordres hiérarchiques. On s'étonnera d'autant plus de la déclaration du Ministre des Affaires Etrangères, le 9 novembre 1983 à la Chambre : « La clause de Martens n'engage pas notre pays, car la Belgique n'a pas encore ratifié le Protocole (additionnel de 1977) ... » (*Compte rendu analytique*, p. 130).

(25) *Pas.*, 1949, I, p. 516. Aussi, *infra*, note 33 : renvoi à la décision du Conseil de guerre de Bruxelles (affaire sergent W.), 18 mai 1966, *Rev. Jur. Congo*, 1970/4.

(26) Interprétations qui peuvent confiner à l'absurde. Voir les pertinentes remarques de St. NAHLIK dans *Ann. Franc. de Dr. Int.*, 1978, p. 17 et commentées par J. VERHAEGEN dans *L'humanité inacceptable en droit de la justification*, art. cité, p. 154.

Lors du dernier Séminaire de droit pénal militaire, on a pu évoquer le raisonnement tenu par divers commentateurs à l'endroit de l'arme nucléaire pour lui refuser aussi bien la qualification de « moyen de guerre dont l'usage viole les principes supérieurs de l'humanité » que celle d'arme empoisonnée, toxique ou similaire, ou d'arme « dont les effets ne peuvent être limités et qui est propre par conséquent à frapper indistinctement des objectifs militaires et des personnes civiles ... », qualifications qui, selon ces commentateurs, seraient « analogiques », donc prohibées (27).

En fait, comme on l'a rappelé ailleurs (28), si le droit pénal est effectivement — et doit rester assurément — d'interprétation stricte, cette stricte interprétation n'est en aucune façon exclusive d'une interprétation « logique » et même « évolutive ». Et les juridictions belges, dans ce banal exercice de qualification, n'ont aucune raison de suivre dans leur fantaisie et leur incohérence les interprétations officielles. Elles n'ont aucune raison de renoncer à tirer de la règle toutes ses conséquences implicites mais certaines.

Dans son arrêt déjà cité du 4 juillet 1949, la Cour de cassation de Belgique a parfaitement indiqué à cet égard la voie à suivre par nos juridictions pénales : « Attendu que le pourvoi soutient à bon droit que si la Convention de La Haye du 18 octobre 1907 et le règlement y annexé, approuvés par la loi du 25 mai 1910, ne contiennent aucune disposition expresse relative aux otages, l'exécution d'otages est cependant *implicitement* considérée comme une violation des lois et coutumes de la guerre par les articles 46 et 50 du règlement précité » (29).

### § 3. — L'erreur d'appréciation de l'agent.

Si l'on retient le caractère obligatoire et contraignant, sur le plan de la légalité objective, des principes généraux du droit international et des implications nécessaires de ces principes et des règles expresses, il faut en revanche admettre que ces implications, même simples, n'apparaîtront pas nécessairement *avec la clarté de l'évidence* au justiciable, en toute circonstance.

A côté d'ordres dont tout démontrerait que leur caractère grossièrement illégal, en droit comme en fait, n'a pu échapper à l'agent, fût-il le moins avisé, le juge reconnaîtra que telle illégalité même grave, aux effets même atroces et révoltants, a pu ne pas apparaître telle aux yeux de l'agent et ne pourra en conséquence lui être pénalement imputée (30).

(27) Sur l'application abusive (*inclusio unius est exclusio alterius*) de l'argument *a contrario* à l'article 51, § 5.b du 1<sup>er</sup> Protocole additionnel de Genève de 1977 (et à son énumération *exemplative* d'attaques indiscriminatoires), cf. J. VERHAEGEN, *Une interprétation inacceptable du principe de proportionnalité*, art. cit., p. 332.

(28) Cf. J. VERHAEGEN, « La répression des crimes de guerre en droit belge », *Mélanges H.-H. Jescheck*, oit., p. 1444. Sur l'application évolutive du droit pénal, cf. TROUSSE, « Droit pénal », *Novelles*, I, 1, n<sup>os</sup> 560 et s.

(29) *Pas.*, 1949, I, p. 515.

(30) Cf. J. VERHAEGEN, « L'excès de pouvoir, la légalité de crise et le droit de Nuremberg »,

Cette condition de la « conscience » chez l'agent de l'illégalité de son fait revêt en droit international des conflits armés une importance toute particulière puisque ce droit, on le sait, ne connaît que d'actes et d'omissions *criminelles*, donc de transgressions requérant chez l'agent à la fois conscience et volonté : Aucun crime ne lui sera imputé s'il ne l'a pas commis « *sciens et volens aut accipiens* ».

Elément d'intention consciente, non limitable certes à la « recherche » de la réalisation du crime et comprenant également l'*acceptation* de la réalisation éventuelle de la lésion injustifiable (31), aussi bien que le dessein « dépendant de quelque circonstance ou de quelque condition » (32), mais élément que le juge ne pourrait tenir pour réalisé dès lors que l'agent aurait versé dans une erreur sincère et de bonne foi (de fait ou de droit), *a fortiori* dans une erreur invincible ...

Haus, on l'a vu plus haut, avait rappelé, en matière d'activité de guerre, l'effet exonératoire de l'erreur et de l'ignorance même de droit, chez l'exécutant d'un ordre injustifiable. A l'instar des statuts du Tribunal international de Nuremberg, la loi belge du 20 juin 1947 en son article 3 a voulu rappeler aussi cette condition de la responsabilité subjective des exécutants d'ordres criminels et dans ses conclusions avant cassation du 4 juillet 1949, on sait que le premier avocat général R. Hayoit de Termicourt appliqua la règle de remarquable façon en faisant rigoureusement la distinction entre l'existence certaine d'un fait criminel et la flagrance de sa criminalité *aux yeux de l'agent*, flagrance sans laquelle aucune illégalité ne saurait jamais lui être imputée ni à dol, ni à faute.

La conclusion que l'observateur en tirera s'impose d'elle-même : le respect des règles du *jus in bello* ne saurait assurément passer par la condamnation — inéquitable — de l'agent qui n'aurait pas accompli le fait criminel « *sciens et volens aut accipiens* ». Mais le droit ne saurait en rester là, ne saurait se limiter à constater l'étendue du champ de l'erreur chez le combattant et à lui fournir à l'avance un brevet d'irresponsabilité pénale. C'est là, au contraire, pour le législateur, une raison supplémentaire de lui fournir *avant l'action* un nombre accru de règles transparentes et valables quelles que soient les circonstances.

Aussi bien, ces règles ne se limitent-elles pas au droit international dont les normes explicites ou implicites ne sont pas les seules, on l'a vu, à s'imposer dans le domaine de l'activité militaire du temps de crise. Partout où s'étend l'autorité du droit national, partout où s'exerce sa compétence

*in La protection pénale contre les excès de pouvoir et la résistance légitime à l'autorité*, Bruylant, Bruxelles, 1969, spécialement pages 371 et 383. Sur la flagrance de l'illégalité, p. 301.

(31) HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, cité, p. 226, n<sup>os</sup> 314 et 315. Aussi la formulation des codes pénaux modernes : J. VERHAEGEN, « La définition de l'intention coupable dans les codes pénaux modernes », *in Liber amicorum Fr. Dumon*, Kluwer, Antwerpen, 1983, pp. 530 et 531.

(32) Article 392 du Code pénal belge.

personnelle et territoriale, s'imposeront également les règles du droit interne : celles qui visent spécialement l'état de crise mais aussi toutes celles qui ont pour objet de *prévenir l'illégalité* (qu'elle soit de crise ou de temps normal), règles générales et spéciales qui ont été conçues pour « devancer » le crime ou le délit, et s'attaquer aux actes de provocation, de concertation, de préparation, de commencement d'exécution, d'assistance, de tolérance, d'imprévoyance ou de négligence ..., les plus « fournisseurs » assurément, de crimes de guerre et de lésions injustifiables ...

### III. — LA LIMITATION DE L'ACTIVITÉ MILITAIRE DE CRISE PAR LES NORMES DU DROIT INTERNE

Depuis que les Conventions internationales de 1949 ont attribué aux juridictions nationales compétence universelle pour connaître de certaines infractions au droit international humanitaire, il est permis de dire que le droit pénal interne joue dans cette entreprise de répression un rôle essentiel en faisant l'apport de ses procédures, de ses pénalités et de ses juridictions.

Mais à cela ne se limite pas son rôle.

Dans la mesure où elles n'outrepassent pas les limites, notamment territoriales, des compétences que leur reconnaît la loi nationale, les juridictions belges restent pleinement habilitées, à l'endroit en tout cas des ressortissants belges, à appliquer à l'activité militaire toutes les règles du droit interne, depuis les principes généraux du droit pénal belge jusqu'aux règles « préventives » ayant pour objet d'opposer une « barrière avancée » aux processus criminels (33).

Aussi bien, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme précise-t-elle en son article 60 qu'aucune de ses dispositions « ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'Homme qui pourraient être reconnus conformément aux lois nationales ».

#### A. — *Les principes généraux de droit pénal belge.*

L'applicabilité à l'activité militaire du temps de crise des principes *élémentaires* du droit belge de la justification, à savoir la condamnation des mesures militairement injustifiables et des actes humainement disproportionnés ou absolument inacceptables, fait d'autant moins problème que ces principes, on l'a rappelé plus haut, font également partie intégrante du droit international conventionnel. Si leur handicap commun, lié à leur fluidité, ne peut être sous-estimé, leur importance reste assurément primordiale.

(33) Cf. J. VERHAEGEN, « Les nouveaux horizons du droit international pénal des conflits armés » (Rapport de Synthèse, Noto, 1984), *Rev. Dr. Pén. Crim.*, janvier 1985, p. 33.

Mais d'autres normes fondamentales du droit pénal interne, que ne connaît *pas* le droit international conventionnel ou dont la formulation n'a pu faire l'unanimité des Parties aux Conventions, s'appliquent également et sans contestation possible en Belgique à la matière de l'activité militaire de crise.

1. — La désobéissance due à tout ordre manifestement illégal.

Ainsi en est-il de la règle réprimant l'exécution d'un ordre hiérarchique illégal. Bien que la norme n'ait pas encore accédé au rang de règle *explicite* du droit international conventionnel (34), les juridictions belges sont incontestablement tenues de l'appliquer en matière d'activité militaire en vertu de l'article 70 du Code pénal qui subordonne la justification objective de l'exécution d'un ordre à la légalité objective de celui-ci (35). La règle fut expressément reprise par la loi belge du 14 janvier 1975 portant Règlement de discipline des Forces armées dont l'article 11, § 2 dispose : « 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 ».

Dans l'affaire « Ministère Public contre Sergent W. », le Conseil de guerre de Bruxelles prit soin de rappeler à propos de l'exécution d'une civile lors d'opérations menées à Stanleyville en 1965 :

« 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 ... sortait évidemment des pouvoirs du major O.,

que l'illégalité de l'ordre ainsi interprété n'était pas douteuse et que le prévenu devait refuser de l'exécuter ;

attendu que l'acte commis par le prévenu constitue non seulement un meurtre aux termes des articles 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 » (36).

2. — La répression des délits non intentionnels.

De la même façon et bien que le droit international conventionnel ne vise expressément que la répression d'infractions *intentionnelles*, il ne fait pas de doute que les juridictions belges conservent la faculté de condamner tout comportement injustifiable de nature à causer et ayant causé *sans*

(34) *Ibid.*, p. 28 et l'intervention du professeur LEVIE (Newport).

(35) Cf. les décisions refusant le bénéfice de la justification à l'exécutant de l'ordre illégal d'un ministre, celui-ci ne faisant d'ailleurs pas l'objet de poursuites : Cass., 27 juillet 1891, *Pas.*, 1891, I, 228 et autres citées in J. VERHAEGEN, *La protection pénale contre les excès de pouvoir*, *op. cit.*, pages 158 à 160. Aussi, HAUS, note 20, *supra*.

(36) Cons. guerre Bruxelles, 18 mai 1966, *Rev. Jur. Congo*, sept. 1970, p. 238.

*intention* mort d'homme (article 419 du Code pénal), lésions corporelles (article 420), atteintes à la santé (par administration de substances nocives : article 421) ou incendie (article 519)...

Dans un arrêt prononcé en 1922, la Cour d'appel de Bruxelles tint à rappeler que « les agents de l'État ne sont jamais dispensés, en temps de paix *ou de guerre*, d'observer les règles de prudence que l'expérience a enseignées ou que l'autorité compétente a prescrites » (37).

### 3. — *L'illicéité* des actes dommageables et fautifs.

S'il est vrai que la pénalité promise au délit d'imprudence reste légalement en suspens aussi longtemps que le résultat dommageable ne s'est point produit, il est tout aussi certain qu'*avant la réalisation du dommage*, la mesure qui se révèle de nature à entraîner la lésion injustifiable, encore qu'aucune sanction pénale ne la frapperait à ce moment, ne perd pas pour autant son caractère *illégal* (38). Et cette illégalité n'implique nullement que la conséquence dommageable et injustifiable ait dû apparaître *certaine*, comme l'a rappelé justement la Cour de cassation de Belgique :

« Pour qu'un acte constitue une imprudence au sens des articles 418 et 420 du Code pénal et donne lieu à responsabilité en vertu des articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil, il n'est pas requis qu'il soit de nature à causer un dommage certain ; il suffit que le dommage soit une conséquence possible de l'acte, mais cette conséquence possible doit être prévisible, en manière telle que celui qui accomplit l'acte dommageable ne commet une imprudence dont il doit répondre que s'il devait prévoir le dommage et prendre les mesures nécessaires pour le prévenir » (39).

Or, l'illégalité ainsi reconnue ne restera pas sans produire quelque effet juridique. Outre qu'elle suffit à désigner la mesure à la censure de la juridiction administrative, elle prive également l'ordre hiérarchique qui la transmet de toute force obligatoire, conformément au prescrit de l'article 70 du Code pénal (40) et elle peut même justifier par l'état de nécessité la divulgation du secret d'État qui la convirait (41).

(37) Bruxelles, 16 déc. 1922, *Pas.*, 1923, II, 109. Aussi les conclusions du premier avocat général Jottrand avant cass. 27 janvier 1927, *Pas.*, 133 : « Si un général ordonnait en temps de guerre une opération qu'il saurait inutile ou nuisible (...), il n'est pas douteux que (...) l'organe de l'État aurait accompli un acte illicite, un acte administrativement illégal... Il ne faut pas reculer devant la proclamation des principes, même lorsqu'on se rend compte que leur application pourrait, en fait, donner lieu aux difficultés les plus grandes ». Cf. J. VIERHAEGEN, « Le délit d'imprudence et la guerre », *Rev. Dr. Pén. Crim.*, 1959-1960, pp. 419 à 491.

(38) « Nous sommes conscients du danger de tomber dans le piège de la sagesse *'a posteriori'*. Mais cela ne nous dispense pas de nous demander si des personnes douées de raison ne devaient pas prévoir, lorsque la décision fut prise de faire entrer les Phalangistes dans les camps, que cette entrée faisait courir le risque d'un massacre et qu'il n'était pas improbable que ce massacre soit perpétré (...) » *Rapport de la Commission Kahane*, trad. franc., Stock, 1983, p. 109.

(39) Cass., 12 nov. 1951, *Pas.*, 1952, I, 129.

(40) Et de l'article 15, § 2 de la loi du 15 janvier 1975 portant Règlement de discipline, qui ne vise pas seulement l'ordre constitutif de crime ou de délit mais aussi l'ordre dont l'exécution peut entraîner manifestement la perpétration d'un crime ou d'un délit.

(41) « Citons, par exemple, des préparatifs secrets pour la violation d'obligations internationales à caractère humanitaire comme la menace aux biens juridiques protégés en temps

Il en va d'ailleurs de même des quelques crimes de droit international auxquels le droit interne belge ne réserve pas de pénalités spécifiques (par exemple, le fait de « causer de grandes souffrances aux personnes protégées, la participation criminelle par omission ...) ou encore de l'acte d'assistance à la préparation d'un crime que le Code pénal en son article 67, § 4 ne punit que si le crime a été effectivement consommé ou tenté : de tels actes préparatoires n'en conservent pas moins leur caractère *fautif* et donc *illégal* qui *ipso facto* les désigne à la censure administrative éventuelle de l'acte administratif illégal mais encore à certaines dispositions « préventives » du droit pénal examinées dans la section suivante, et, en tout cas, à l'article 70 du Code pénal qui subordonne la justification de l'obéissance aux ordres hiérarchiques à *la légalité intrinsèque* de ceux-ci (42).

Pourrait-on en effet imaginer que le militaire ou le civil à qui serait donné l'ordre d'aider à l'installation de matériel destiné à d'éventuels interrogatoires renforcés de prisonniers en temps de crise, et de former du personnel spécialisé à cette fin, devrait attendre la consommation *effective* des traitements inhumains pour refuser conformément à la loi belge d'exécuter l'ordre *manifestement illégal* (43)?

#### B. — *Les incriminations « préventives » du droit pénal belge.*

Si l'assistance portée en connaissance de cause à la préparation d'un crime de guerre constitue une forme d'illégalité ne présentant pour le juge comme pour le justiciable aucune difficulté particulière de qualification, il faut en revanche reconnaître que la fluidité de la notion d'acte « fautif », c'est-à-dire d'acte propre à entraîner même indirectement une lésion injustifiable — tel qu'un individu prudent ne l'eût point commis —, reste susceptible, non moins que la plasticité des principes généraux du droit, de lui faire perdre une grande partie de sa praticabilité pour le justiciable plongé dans le feu de l'action.

C'est donc davantage par ses règles « préventives » explicites agissant sur la genèse même du crime ou du délit, règles qui érigent expressément en infractions spécifiques certains actes illégaux commis avec intention, certains actes « préparatoires » du crime, que le droit pénal exercera « *in tempore utile* » son action la plus efficace et la moins aléatoire, la moins soumise en tout cas aux immunités trop souvent liées à l'issue des combats ...

de conflits armés par les Conventions et les Protocoles de Genève. La révélation de tels faits peut être justifiée selon les principes de l'état de nécessité en tant que fait justificatif (art. 34 c.p. RFA) ». Hans-H. JESCHKE, « La protection pénale des secrets d'Etat illégaux en République fédérale d'Allemagne », in *Licéité en droit positif* ..., op. cit., p. 376.

(42) V. note 35 *supra*.

(43) L'exemple n'est pas d'école. Cf. les constatations de M. Robert MURPHY, directeur de l'office du gouvernement militaire U.S. à Berlin, citées dans *La protection pénale contre les excès de pouvoir*, op. cit., p. 432. Plus récemment, les commentaires d'Amnesty International concernant « les exportations d'instruments de torture », *Newsweek-Periscope* des 12 et 26 novembre 1984.



Que l'efficacité d'une action pénale en matière d'excès militaires en période de crise tienne principalement sinon exclusivement à cette « *défense anticipée* » des valeurs, les auteurs du projet gouvernemental belge de 1963, dit projet n° 577 (44), l'avaient quant à eux parfaitement compris lorsqu'ils décidèrent d'assortir la répression des crimes de guerre de plusieurs incriminations préventives : le fait de ne pas empêcher ou de ne pas interrompre l'exécution d'un ordre criminel (45), la proposition, l'offre ou l'acceptation (même non suivis d'effets) de commettre le crime de guerre, la détention et le transport d'engins destinés à commettre le crime ou à en faciliter la perpétration ...

S'il est vrai que le projet gouvernemental n° 577, bien que régulièrement relevé de caducité, n'a toujours pas été soumis aux Chambres (en raison peut-être de son efficacité redoutée), on n'en pourrait pour autant conclure que les autorités judiciaires belges se trouveraient actuellement démunies en face des divers comportements « criminogènes » énumérés dans le projet 577 ou dans les protocoles additionnels de 1977. En fait, chacune de ces incriminations préventives et d'autres encore, tel le concert préalable entre autorités civiles et militaires, peuvent sans peine se retrouver dans le droit pénal actuellement en vigueur en Belgique.

1. L'abstention d'agir pour empêcher ou pour interrompre l'exécution d'un ordre criminel (article 7 du projet n° 577), incrimination dont l'importance est reconnue par maints militaires eux-mêmes (dans la mesure où pour la première fois la loi indique en toute clarté que l'obligation pour le militaire d'interrompre un processus criminel prime son devoir de loyauté envers le corps et envers ses chefs) est déjà aujourd'hui susceptible de recevoir la qualification d'omission de porter secours à personne en péril grave prévue par l'article 422*bis* du Code pénal,

2. La proposition, l'offre ou l'acceptation de commettre un crime de guerre, même non suivies d'effets (article 4 du projet 577) peuvent aujourd'hui sans difficulté recevoir l'application de la loi du 7 juillet 1875 punissant « quiconque aura offert ou proposé, directement, de commettre un crime punissable de la peine de mort ou de celle des travaux forcés ou de participer à un tel crime ; quiconque aura accepté semblable offre ou proposition ... »,

3. Le fait pour un dépositaire ou agent de l'autorité ou de la force publique d'*ordonner* « tout acte arbitraire et attentatoire aux libertés et aux droits garantis par la Constitution » peut recevoir d'ores et déjà l'application de l'article 151 du Code pénal,

(44) Projet dû à la Commission permanente pour l'examen des questions de droit pénal dans les rapports internationaux, présidée successivement par M. L. Cornil, procureur général à la Cour de cassation et M. A. Braas, recteur honoraire de l'Université de Liège. Cf. J. VERHAEGEN, « Le vote du projet de loi belge n° 577. — Un enjeu international », *Journ. Trib.*, 13 fév. 1982, pp. 227 à 230.

(45) Rapprocher de l'article 87 du I<sup>er</sup> Protocole additionnel de Genève du 10 juin 1977.

4. Toute mesure contraire aux lois concertée par des autorités civiles et des chefs militaires est susceptible d'entraîner l'application des articles 233 et 234 du Code pénal actuellement en vigueur,

5. La menace de recourir à un acte criminel et injustifiable — quelle que soit l'honorabilité de l'objectif — tombe sous le coup des articles 327 et 329 du Code pénal, indépendamment de l'exécution effective de l'acte et indépendamment même de toute préparation effective de l'acte et de toute volonté de le réaliser, dans la mesure où la menace d'accomplir un acte criminel et injustifiable « est génératrice d'un trouble social grave et constitue une atteinte insupportable à la sécurité publique, au sentiment de sécurité et de confiance en une certaine protection minimale légitimement escomptée : celle précisément que le droit humanitaire entend assurer aux personnes protégées » (46),

6. L'acte préparatoire visé à l'article 3 du projet n° 577 qui punit de réclusion « ceux qui fabriquent, détiennent ou transportent un instrument, engin ou objet quelconque, érigent une construction ou transforment une construction existante, sachant que l'instrument, l'engin, l'objet, la construction ou la transformation est destiné à commettre l'une des infractions prévues à l'article premier ou à en faciliter la perpétration », apparaît comme la réplique fidèle de l'actuel article 6 de la loi du 28 mai 1956 punissant également de la réclusion « la fabrication, le dépôt, l'offre de vente, la vente, la cession, le transport, l'emploi, la détention ou le port de substances, mélanges et engins visés à l'article premier, (s'ils) ont lieu dans l'intention de commettre un crime contre les personnes ou les propriétés ou de participer à son exécution ».

Faut-il le préciser? — et c'est là réponse à une objection souvent faite — il importe peu que ces dispositions faisant partie du droit pénal général ou spécial actuellement en vigueur n'aient pas été conçues spécialement pour être appliquées à des actes revêtant un caractère militaire. En droit pénal belge, il suffit en effet pour qu'un acte tombe sous le coup d'une disposition pénale que l'acte rentre incontestablement *dans la formule générale du texte* (47) ..., même si les auteurs du texte n'avaient pu prévoir ce genre d'application, en raison notamment de l'apparition de nouvelles découvertes scientifiques ou de la mise en œuvre de nouveaux moyens techniques de commettre le crime (48).

Dans un arrêt récent (49), la Cour de cassation de Belgique a dûment confirmé cet enseignement en rappelant la légalité de la décision du juge

(46) Cf. J. VERHAEGEN, « Le problème pénal de la dissuasion nucléaire », *Rev. Dr. Pén. Crim.*, janv. 1984, pp. 27 et 28.

(47) Cf. note 28, *supra*.

(48) Sur la légalité des applications évolutives, cf. TROUSSE, « Droit pénal », I, 1, *Novelles*, n° 560 et s. et références citées.

(49) Cass., 6 juin 1984, *Rev. Dr. Pén. Crim.*, 1985, p. 67.

qui, appelé à qualifier la détention par un automobiliste d'un appareil litigieux (détecteur de radar) lui avait appliqué les sanctions pénales prévues par une loi particulière visant la réglementation des radiocommunications. Ni le fait qu'il ressortait des travaux préparatoires de ladite loi que le mobile principal ayant animé le législateur avait été de permettre une libéralisation des ondes, ni le fait que le Ministre compétent avait pu confirmer qu'aucune disposition de la réglementation du roulage n'interdisait le montage ou l'utilisation de l'appareil litigieux, ne pouvait empêcher l'application de ce texte à la détention de l'appareil, pourvu que le libellé de la loi particulière, par le caractère *général* de son incrimination, la rende applicable au cas d'espèce jugé (50).

### CONCLUSION

De cette rapide investigation menée à travers le droit pénal belge (qu'il s'agisse du droit international directement applicable en Belgique ou du droit pénal interne), il apparaît que les textes légaux ne manquent pas à nos juridictions pour réprimer les diverses infractions militaires du temps de crise.

Relevant cependant l'application aléatoire de nombre d'entre eux, nous avons attiré l'attention sur l'importance toute particulière, en matière de crimes de guerre, des dispositions « préventives » du droit interne, dispositions dont l'application se trouve normalement limitée par la compétence personnelle et territoriale ordinaire de nos juridictions nationales mais dont l'efficacité l'emporte en revanche de très loin sur la répression du crime de guerre consommé.

Sans doute, ces dispositions explicites et préventives gagneraient-elles à s'enrichir encore. On pensera notamment à l'important article 36 du 1<sup>er</sup> Protocole additionnel de Genève de 1977 qui viendra combler une lacune particulièrement préoccupante du droit interne (51). On songera aussi aux *procédures* du temps de paix singulièrement défailtantes là où elles devraient permettre l'application effective des dispositions préventives de la criminalité de crise. Aux procédures du temps de crise, plus défailtantes encore, qui devraient donner aux agents d'exécution la possibilité d'opposer, sans risque personnel excessif, leur refus d'obéissance aux ordres manifestement criminels et, aux autres justiciables, la faculté d'obtenir du pouvoir judiciaire l'interruption sans délai de toute pratique manifeste-

(50) Le libellé même de l'article 6 de la loi du 28 mai 1956 démontre la portée *générale* de l'incrimination qui s'applique à tous les transports et détentions de substances déflagrantes ou explosives que règle le Roi sans être restreinte à ceux pour lesquels le Roi peut prévoir une autorisation particulière. Cf. *Le problème pénal de la dissuasion* ..., art. cit., p. 25.

(51) Obligeant les Parties, lors de l'adoption d'une arme nouvelle, à « déterminer si l'emploi en serait interdit, dans certaines circonstances ou en toutes circonstances » par le droit international applicable à cette Partie.

ment illégale et gravement dommageable. Garanties minimales que tout état d'exception devrait assurer à l'homme contre l'excès policier ou militaire et dont le professeur Ch. Huberlant a dénoncé pour la Belgique la regrettable carence (52).

Il n'est pas normal que dans un Etat de droit comme la Belgique, et en dehors de tout état de crise, il ait fallu sept années et d'incertaines pressions politiques pour arriver à purger le Règlement A.2 d'une disposition qui transgressait un des principaux prescrits de la Convention européenne des droits de l'Homme (53). Il n'est pas normal que n'existe en Belgique aucune instance capable de remédier sur le champ à la dangereuse ambiguïté du texte venu le remplacer et dont risquent de pâtir toutes ses victimes potentielles, y compris le militaire en opération. Il suffit de rappeler les critiques déjà émises lors des poursuites intentées contre six gradés para-commandos en 1971 (54).

Quelles que soient les lacunes constatées dans les textes et plus encore dans les procédures, ce n'est cependant pas encore à cet endroit que se situera l'objet de nos principales préoccupations. Ainsi que l'ont rappelé maints auteurs, ce sont moins les textes légaux qui font défaut que *la volonté de les appliquer* (55).

Un récent séminaire international consacré à l'avenir du droit pénal international a pu souligner que devant les défaillances gouvernementales et l'indifférence des législateurs en matière de défense du *jus in bello*, les acquis en ce domaine politiquement brûlant ne seront finalement que ce que *les autorités judiciaires nationales* décideront d'en faire (56). Bien qu'il ne puisse être question pour ces autorités de s'immiscer si peu que ce soit dans l'exercice discrétionnaire de l'Exécutif, mais de constater l'incompatibilité certaine de quelques-uns de ses actes avec la règle de droit existante, il faut inévitablement compter avec la « *favor potestatis* », avec les inhibitions que crée chez les procureurs et chez les juges, comme au sein des Facultés de droit, le poids du politique affranchi de la règle de droit (57).

(52) « Etat de siège et légalité d'exception en Belgique », in *Licéité en droit positif ...*, op. cit., pp. 381 à 431.

(53) Cf. J. VERHAEGEN, « La répression des crimes de guerre en droit belge », in *Mélanges Hans-H. Jescheck*, Berlin 1984, p. 1449, note 21.

(54) Cf. J. VERHAEGEN, « La condamnation de six para-commandos : savoir où porter le fer », *Journ. Trib.*, 1973, pp. 137 et s. ; « De la connaissance des infractions commises par les militaires », *J.T.*, 1973, pp. 721 et s. ; « La tentation de la torture », *J.T.*, 1975, pp. 473 et s.

(55) Cf. St. NAHLIK, « Précis abrégé de droit international humanitaire », *Rev. Int. Croix-Rouge*, Genève, juillet-août 1984, p. 47.

(56) Cf. J. VERHAEGEN, « Les nouveaux horizons du droit international pénal des conflits armés » (Rapport de synthèse), *Rev. Dr. Pén. Crim.*, janvier 1985, spécialement p. 33.

(57) Sur la *favor potestatis*, cf. *La protection pénale contre les excès de pouvoir*, op. cit., notamment pp. 420 et s., 433 et s. Sur les « réticences des législateurs nationaux et les inhibitions des organes de justice », cf. les interventions au Séminaire de Noto, mai 1984 in *Les nouveaux horizons du droit international pénal des conflits armés*, cité, p. 33.

Dans un monde largement tributaire encore de la prééminence du politique sur le droit, ce n'est pas une mince responsabilité qui pèse sur certaines autorités judiciaires à qui il est demandé, suivant les mots d'un collègue administrativiste, de se sentir moins « commissaires du gouvernement » qu'organes de la loi pour mettre en œuvre les compétences que d'ores et déjà la loi leur reconnaît aujourd'hui.