

## Réponses à la question 2

A. ANDRIES

*Premier avocat général émérite à l'auditorat militaire*

J. VERHAEGEN

*Professeur émérite de l'Université Catholique de Louvain*

### 1. — *La légitime défense dans le statut de la Cour pénale internationale*

L'article 31.1.c. du statut de la C.P.I. présente en partie une apparence de « normalité », c'est-à-dire de conformité aux principes généraux du droit pénal d'une part (1<sup>re</sup> phrase) et du droit des conflits armés d'autre part (seconde phrase).

Concernant la première phrase, il n'est ni contesté ni contestable que n'est généralement pas pénalement responsable une personne qui, au moment du comportement en cause, « *a agi raisonnablement pour se défendre ou pour défendre une autre personne contre un recours imminent et illicite à la force, de manière proportionnée à l'ampleur du danger qu'elle courait ou que courait l'autre personne* ».

Se fiant probablement à l'apparente banalité de cet énoncé, les commentateurs se bornent pour la plupart à discuter l'extension du principe à la défense de biens essentiels à la survie et, avec une sévérité particulière, son extension aux biens essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire.

La seconde phrase, quant à elle, dispose que « *le fait qu'une personne ait participé à une opération défensive menée par des forces armées ne constitue pas en soi un motif d'exonération de la responsabilité pénale au titre du présent alinéa* ».

D'aucuns se félicitent de ce que le statut rappelle ainsi utilement que le *jus ad bellum* ne peut en aucun cas interférer dans le *jus in bello* et que les opérations tactiques ou stratégiques menées par les forces armées d'un Etat agressé demeurent régies par le droit des conflits armés, sans quoi il est à prévoir que toute entité belligérante trouverait toujours motif à s'en considérer comme déliée.

S'agissant cependant des crimes internationaux de la compétence de la C.P.I. qui présentent, faut-il le rappeler, des éléments constitutifs particuliers, rares sont les commentateurs qui fassent montre d'une claire perception de l'inadéquation de la première phrase à ces particularités et de la portée exacte de la seconde.

• *Conditions d'existence et conditions d'exercice de la légitime défense*

Si, comme nous y engage la seconde phrase du paragraphe, nous écartons du débat le *jus ad bellum*, reste le problème majeur du *jus in bello*, autrement dit de la qualité des moyens et méthodes utilisés pour assurer une défense légitime.

D'une part, il est inhérent au concept juridique de la légitime défense que celle-ci s'exerce uniquement contre *la personne de l'injuste agresseur*. Tout fait qualifié infraction commis à l'encontre d'autres personnes que l'auteur de cette violence illicite pour empêcher cet acte ou son renouvellement, ne correspond nullement au concept de défense légitime mais bien à celui de représailles contre des innocents. Il en sera forcément ainsi du génocide et des crimes contre l'humanité qui, par définition, atteignent d'autres personnes que l'auteur d'un acte déterminé. Quant aux crimes de guerre, s'il est exact que ne sera pas pénalement responsable le gardien de camp de prisonniers de guerre qui se défend contre une attaque de la part de ces prisonniers, ce n'est pas parce qu'il serait justifié — par le principe de légitime défense — *d'avoir commis un fait qualifié crime de guerre*, mais bien parce qu'il n'a pas du tout commis un acte *interdit* par le droit humanitaire.

L'élément constitutif du crime de guerre ici perdu de vue par les commentateurs qui citent cet exemple, est la qualité de *personne spécialement protégée par le droit des conflits armés* que doit avoir la victime. Or, toute personne qui attaque un combattant dans le cadre d'un conflit armé perd automatiquement la protection particulière que lui assurait le droit humanitaire.

D'autre part, il est tout aussi inhérent au concept juridique de la *légitime défense* que celle-ci ne puisse s'exercer contre l'agresseur par n'importe quel moyen, notamment par des moyens inconditionnellement prohibés par le droit international, qu'il s'agisse des droits de l'homme ou du droit humanitaire.

On ne saurait perdre de vue que la prohibition de certains moyens ou méthodes de combat repose toujours sur leur caractère *inhumain* et que les interdictions édictées par le droit international public général à l'égard des traitements inhumains sont *inconditionnelles*.

Nous reviendrons plus loin sur le caractère absolu de ces interdictions. Cette intransgressibilité radicale domine tout le présent débat et son rappel dans ce cadre est d'autant plus indispensable qu'elle est fréquemment passée sous silence par ceux qui, consciemment ou inconsciemment, sont allergiques à l'idée même d'un *jus cogens*.

• *Situation de la personne normalement protégée par le droit humanitaire, lorsqu'elle commet elle-même une agression.*

Comment s'explique cette sorte de distraction collective des délégués à la conférence diplomatique de Rome en juillet 1998 concernant les éléments

spécifiques des infractions graves au D.I.H. que nous venons de rappeler ? Les articles I/50, II/51, III/130 et IV/147 des Conventions de Genève du 12 août 1949 qui définissent les infractions graves à ces conventions stipulent très explicitement qu'il s'agit d'actes commis contre des personnes ou des biens protégés par ces conventions. Mais c'est probablement sur les protections qui sont *enlevées* à ces personnes lorsqu'elles commettent elles-mêmes une agression, que l'attention peut être moins clairement attirée du fait du caractère moins explicite des textes, même si leurs dispositions prévoient implicitement la *limite* de cette protection.

Compte tenu de la lecture lacunaire que les délégués ont fait de ces textes à Rome, nous croyons d'autant plus nécessaire de rappeler leurs formulations.

La suppression de la qualité de « victime protégée » chez ceux qui commettent des actes nuisibles à l'ennemi est explicitement formulée à l'égard du personnel sanitaire par les articles 21 C.G. I, 34 C.G. II, 13.1 P.A. I et 11.2 P.A. II.

L'article 41 P.A. I a une formulation équivalente à l'égard des combattants blessés ou malades et des prisonniers de guerre en disposant qu'aucune personne hors de combat ne doit être l'objet d'une attaque à condition qu'elle s'abstienne de tout acte d'hostilité et ne tente pas de s'évader. L'article 8 P.A. I mentionne en outre parmi les éléments de la définition des termes « malades et blessés », le fait que ces personnes s'abstiennent de tout acte d'hostilité.

L'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949, de même que l'article 4.1 du II<sup>e</sup> Protocole additionnel précisent également que la protection particulière que confèrent ces dispositions ne concerne que les personnes « qui ne participent pas directement aux hostilités »

Les droits et privilèges spéciaux que confère le D.I.H. *stricto sensu* vise les « *personnes au pouvoir de la partie adverse* » (v. notamment art. 12 C.G. I et II, 11.1 et 85.2 P.A.I) et il va de soi que ce n'est plus le cas de celles qui reprennent le combat.

En ce qui concerne plus particulièrement les prisonniers de guerre, cas le plus souvent évoqué par ceux qui croient que sont à « justifier » les actes de défense contre ces « agresseurs », outre l'article 44.1 P.A. I déjà cité, on se rappellera que l'article 4.A) C.G. III et l'article 44.1 P.A. I qui énumèrent les conditions d'attribution de cette qualité, mentionnent parmi celles-ci le fait d'être « tombé au pouvoir de l'ennemi ». Or, celui qui use de violences contre les éléments des forces armées adverses qui le retiennent ne peut plus être considéré comme étant « au pouvoir de l'ennemi ». L'article 42 de la même convention autorise en cas d'extrême nécessité les forces adverses à faire usage des armes contre lui. C'est donc ici une « *autorisation légale* » qui enlève à l'autodéfense de ses gardiens tout caractère infractionnel.

L'article 121 de la même C.G. III établit clairement que « *tout décès ou toute blessure grave d'un prisonnier de guerre* » n'entraîne pas nécessairement la culpabilité de son auteur. Notre hypothèse en est une des illustrations.

En ce qui concerne enfin les personnes civiles, l'article 51.3 P.A. I et l'article 12.3 P.A. II exceptent de la protection conventionnelle celles qui participent directement aux hostilités : sont bien entendu dans ce cas les civils qui font usage de violences à l'égard de combattants adverses.

Cette même exception est stipulée dans des termes équivalents par le I<sup>er</sup> Protocole additionnel en ce qui concerne les populations des localités non défendues (art. 59), le personnel de la protection civile (art. 65-1) et les journalistes (art. 79).

Cette limitation implicitement reconnue par les incriminations mêmes du D.I.H. ne signifie *pas* pour autant que celui qui exerce une légitime défense pourrait se tenir pour libéré de la prohibition formulée de manière inconditionnelle par le droit international public général à l'égard des *traitements inhumains* ou des *atteintes à la dignité de la personne* (cfr *infra*), atteintes qui ne pourront jamais constituer une « violence proportionnée et légitime ». La limitation incluse dans les textes signifie seulement que **l'homicide et les coups portés à l'agresseur dans les limites strictes des nécessités de l'autodéfense échappent à l'incrimination des violations du D.I.H.**, tout comme l'article 2.2.a. de la Convention européenne des droits de l'homme a prévu en termes exprès que *l'homicide pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ne sera pas considéré comme violation des droits élémentaires de la personne humaine*.

Telles sont les considérations qui permettent de soutenir qu'aucun des crimes de la compétence de la C.I.P. n'est susceptible d'être justifié par la légitime défense ou par quelque autre nécessité que ce soit. Le droit des conflits armés intègre les exceptions de la légitime défense et des nécessités militaires qu'il reconnaît dans l'élaboration des concepts mêmes des crimes qu'il définit; il n'y a donc aucun sens à énoncer qu'une personne est exonérée à certaines conditions de la responsabilité pénale du chef d'un fait *qui n'est pas incriminé*.

## 2. — *La nécessité justificative et les règles intransgressibles du droit humanitaire*

### *Remarques préliminaires :*

1° Les législations pénales connaissent plusieurs causes d'exonération de nature fondamentalement différentes. Celles qui rendent licite l'acte punissable (état de nécessité, légitime défense, autorisation de la loi, commandement légal de l'autorité) ne sauraient être confondues avec les cas d'irresponsabilité personnelle : incapacité pénale (absence de discernement ou de liberté) ou non-réalisation de l'élément moral (erreur, ignorance...). Ces causes d'irresponsabilité personnelle profitent à l'accusé sans supprimer le caractère objectivement criminel de l'acte.

*En Belgique, c'est le leading case « Müller et consorts » qui a le mieux éclairé l'importance de la distinction entre ces deux causes d'exonération. Si les accusés (poursuivis pour exécution d'otages) furent acquittés, cet acquittement uniquement prononcé pour irresponsabilité personnelle des accusés (erreur invincible) n'a eu, aux termes mêmes de l'arrêt, aucunement pour effet de conférer un sceau de « licéité » au fait commis, lequel reste pénalement injustifiable (1).*

*Produisant des effets différents, ces deux causes d'exonération répondent évidemment à des conditions différentes. Alors que la justification objective implique des qualités intrinsèques de l'acte (utilité, limitation au strict nécessaire, proportion, compatibilité avec les droits fondamentaux de la personne humaine), les causes subjectives de non-imputabilité pénale (aberration mentale, contrainte irrésistible...) profitent à l'auteur du fait criminel quel que soit le caractère « déraisonnable », même atroce, de ce fait.*

*A cet égard, on regrettera que l'article 31 du Statut ait mis sur le même pied l'état d'intoxication, la contrainte, l'état de nécessité et la légitime défense... (2)*

*2° On pourrait penser que le libellé critiquable de l'article 31.1.c du Statut constitue un « accident », un événement fortuit et exceptionnel dans l'histoire de la répression des crimes d'Etat. Ce serait une erreur. En fait, la notion de dispositions « intransgressibles » en droit national et en droit international, bien que reconnue et rappelée par les plus prestigieux instruments (Pacte international relatif au droits civils et politiques, Convention européenne des droits de l'homme, Conventions de Genève de 1949 et 1977, clause de Martens...), n'a jamais cessé d'être contestée au sein de certains milieux politiques, gouvernementaux, voire judiciaires (3).*

*Il importe donc de le rappeler : la discussion du caractère justifiable ou non des violations du droit pénal humanitaire ne saurait faire abstraction de ce concept d'interdits intransgressibles. Toute tentative de discussion avec des interlocuteurs qui rejetteraient cette notion sera nécessairement vouée à l'échec.*

La question posée par les organisateurs de la présente rencontre nous a d'emblée interpellés sur le sens du terme « raisonnablement » utilisé à l'article 31 du Statut. En fait, ce terme renvoie aux « conditions d'exercice » du

(1) Cass., 4 juillet 1949, *Pas.*, I, 506 et *R.D.P.C.*, 1946-1949, 986 (aff. « Müller et consorts », conclusions conformes du Premier avocat général R. Hayoit de Termicourt).

(2) Normes de droit pénal maladroitement maniées par certains internationalistes : Georges Scelle l'expliquait en partie par l'insuffisante formation pénale des internationalistes : « On constatera que les personnalités qui composent la Commission (du droit international) sont pour la plupart d'éminents spécialistes du droit international public ou privé mais on peut se demander si ces juristes étaient suffisamment préparés à discuter des questions de droit pénal. La formation juridique de l'internationaliste n'est pas celle du pénaliste : la manière d'aborder les problèmes est souvent fort différente, ainsi que les débats l'ont d'ailleurs prouvé... » (cité in *Rev. Dr. Pén. Crim.*, 1951, p. 819).

(3) Voy. en Annexe 1. le Document de travail 77/3 (Unité de droit pénal de l'Université de Louvain) concernant le « Règlement A.2 de l'Etat-Major général et sa justification du crime de guerre par la nécessité de sauvegarder les intérêts vitaux pour la nation ». Sur ce règlement, abrogé en 1982, voy. aussi A. Andries, « Note sur l'illégalité de l'article 20.b (2) du règlement de discipline militaire A2 » in « *Licéité en droit positif et Références légales aux valeurs* » (Contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international), X<sup>e</sup> Journées d'études juridiques Jean Dabin sous la direction de J. VERHAEGEN, *Bruylant, Bruxelles*, 1982 (pp. 599 et s.). D'autres exemples sont cités dans « *L'interopérabilité des forces armées et ses préalables légaux* » in *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs*, *Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve*, 1999 (voy. spécialement les pp. 115 à 124).

droit d'enfreindre les dispositions du droit pénal en période de crise, autrement dit du droit d'exciper d'une justification objective.

Pour bénéficier de la légitimation, l'acte commis en état de nécessité, en cas de légitime défense ou sur commandement de l'autorité doit répondre à plusieurs conditions : il doit être propre à réaliser l'objectif légitime poursuivi, la lésion qu'il comporte doit se limiter au *strict nécessaire* et rester *proportionnelle* à l'importance de l'objectif poursuivi, sans jamais pouvoir aller à l'encontre des « lois de l'humanité. » (4).

Cette dernière condition, implicite dans tout droit interne (5), figure expressément dans les instruments les plus fondamentaux du droit international qui condamnent de façon inconditionnelle tout *traitement inhumain* : Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Convention européenne des droits de l'homme, Convention de Vienne sur le droit des traités (6), Conventions de Genève de 1949 et 1977, clause de Martens, Code

(4) Voy. J. VERHAEGEN, « L'humainement inacceptable en droit de la justification », *R.I.C.P.T.*, Genève, 1981 (pp. 269 à 284) et « Licéité en droit positif et références légales aux valeurs », *op. cit.* (pp. 137 à 157).

(5) Jamais le meurtre d'un innocent ou le traitement inhumain infligé à un agresseur ne pourra trouver sa justification dans l'état de nécessité ou la légitime défense. Les interdits intransgressibles fondés sur la dignité de la personne humaine « marquent dans notre système juridique les limites ultimes de la justification objective des infractions que l'on peut accomplir en état de nécessité, de légitime défense ou en vertu du pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique » (HENNAU & VERHAEGEN, « Droit pénal général », *Bruylant*, Bruxelles, 1995, n° 37). Voy. également les « Observations de la Commission (belge) pour la révision du code pénal », Bruxelles, 1986 (p. 44) : « C'est pour marquer les limites ultimes de (la) justification objective, fixées notamment par les dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire, sans préjudice de l'admission de la non-imputabilité subjective (irresponsabilité personnelle de l'agent), que la Commission, à l'exception d'un membre, recommande l'insertion dans le futur Code pénal d'une disposition rappelant comme suit le droit en vigueur : 'Aucun intérêt, aucune nécessité, si vitale soit-elle, ne peut justifier un acte constituant un traitement inhumain ou dégradant. Ni l'état ou la menace de guerre ou de conflit armé, ni la menace contre la sécurité nationale, ni l'état de siège ou autre état d'exception, ni la nécessité du renseignement, ni aucune autre circonstance exceptionnelle ne peuvent justifier, même à titre de représailles, la violation d'une règle impérative du droit humanitaire relative à la protection de la personne humaine, ou d'une règle impérative des instruments internationaux relatifs aux Droits fondamentaux de l'Homme.' »

On rappellera pour mémoire le *leading case* « *The Mignonette* » (Exeter, v. annexe II) ainsi que la position très claire de la Cour européenne des droits de l'homme au § 163 de l'arrêt « *Rép. Irlande c/ Royaume-Uni* » : « 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 n° 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 ».

(6) Convention de Vienne relative au « droit des traités » (mai 1969) :

Article 53.- *Traités en conflit avec une norme impérative du droit international général (jus cogens).*

*Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.*

Article 60 (5).- *Les §§ 1 à 3 (suspension de l'application d'un traité comme conséquence de sa violation) ne s'appliquent pas aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine conte-*

de conduite pour les responsables de l'application des lois (A. G. des N.U., 17 décembre 1979) (7).

Ce ne sont pas seulement ces instruments mais également les déclarations de militaires en opérations (8) qui ont rappelé sans la moindre ambiguïté que même en cas de crise majeure et encore que des intérêts vitaux pour la nation seraient en jeu, on ne tue *jamaïs* un prisonnier réduit à merci, on ne contraint *jamaïs* à parler sous la torture.

La Commission du droit international ainsi que les juristes du C.I.C.R. dans leur « *Commentaire* » des Protocoles additionnels de Genève ont rappelé en ces termes le caractère « intransgressible » des dispositions du droit humanitaire :

*« Faire appel à l'idée de nécessité militaire ou de guerre pour se dérober au devoir de se conformer à des obligations conçues précisément pour éviter que les nécessités de la guerre engendrent des souffrances que l'on veut définitivement proscrire serait absurde. Il est vrai qu'il y a parfois, dans ces Conventions du droit humanitaire de la guerre, des dispositions qui prévoient une exception explicite à l'obligation de respecter l'obligation qu'elles posent, et cela dans des cas de 'nécessité militaire urgente'. Mais il s'agit là de dispositions qui ne valent que pour les cas expressément prévus. En dehors de ces cas, il ressort implicitement du texte de ces conventions qu'elles n'admettent pas la possibilité d'invoquer la nécessité militaire en tant qu'excuse d'un comportement étatique non conforme aux obligations qu'elles imposent. »*

(COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Ann. C.D.I.*, 1980, II, 2<sup>e</sup> partie, p. 45).

*« Il ne peut être dérogé à une règle du droit des conflits armés en invoquant la nécessité militaire que lorsqu'une telle possibilité est expressément prévue par la règle en question. »*

(*Commentaire des Protocoles additionnels*, C.I.C.R., Genève 1986, p. 395)

nues dans des traités de caractère humanitaire, notamment aux dispositions excluant toute forme de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités.

(7) Dès 1917, Charles De Visscher s'exprimait ainsi sur la prétendue « nécessité » justificative : « Subordonner à ce point de vue subjectif l'observation des lois de la guerre, c'est renverser d'une main ce que l'on a édifié de l'autre, c'est introduire dans les prescriptions légales un principe qui en renferme virtuellement la violation » (Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité, *Rev. dr. int. pub.*, 1917, p. 100, cité par J. Verhaegen, in « L'illégalité manifeste et l'exception de la nation en péril » (*Journ. Trib.*, 1973, pp. 629 et s.).

(8) Voy. les déclarations de Jean Temmerman, professeur à l'Ecole royale Militaire et ancien officier parachutiste S.A.S. de la dernière guerre, in « L'interopérabilité et ses préalables légaux » *op. cit.*, p. 124). En France, voy. le rappel du général Billotte : Exclue de nos moyens de lutte, la torture le sera « sous quelque forme que ce soit et quel que soit son but ». D'abord parce que l'alternative la plus souvent alléguée : « Un homme torturé et ce sont peut-être cent des nôtres qui sont sauvés » se présente rarement d'une façon aussi cruciale. Ensuite, parce que même en présence de pareil dilemme, cela reste un devoir, cruel certes, pour le chef, de « faire courir un plus grand danger à sa troupe et même à la population qu'il protège » plutôt que de recourir à ces moyens inconditionnellement prohibés. « Un chef qui n'aura pas la force morale de remplir un devoir de cette nature n'est pas digne de commander... » (cité par J. VERHAEGEN, « La tentation de la torture », *Journ. Trib.*, sept. 1975, p. 474). Aussi, les déclarations du général J. DE BOLLARDIERE citées dans *L'Express* du 27 mars 1957 et rappelées dans *Le Monde*, 17-18 octobre 1999.

Il ne sera pas inutile de rappeler enfin que le problème de la prétendue justification des crimes de guerre au nom des nécessités militaires ou des intérêts vitaux de la nation a fait l'objet d'une question spéciale au XIV<sup>e</sup> Congrès international de Droit militaire et de Droit de la guerre tenu à Athènes en 1997 (9). Le silence observé par plusieurs délégations et l'incohérence de certaines réponses démontrent à suffisance combien il est impératif, dans l'intérêt aussi bien des militaires « justiciables » que de leurs victimes potentielles, de substituer au libellé actuel de l'article 31.1.c une disposition rappelant de la façon *la plus claire* le caractère *non dérogeable* des dispositions du droit humanitaire.

Par exemple :

*« Sauf dans le cas où le texte le prévoit expressément, aucune nécessité, qu'elle soit d'ordre politique ou militaire, ne peut constituer une cause de justification des violations du droit humanitaire,*

*» La mort d'une personne exerçant ou sur le point d'exercer une violence illicite n'est pas considérée comme infligée en violation du droit humanitaire dans le cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire pour protéger toute personne contre cette violence. »*

#### ANNEXE 1. LES DISPOSITIONS « INTRANSRESSIBLES » DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE ET LES RÉTICENCES GOUVERNEMENTALES

*« Aucun responsable de l'application des lois ne peut infliger, susciter ou tolérer un acte de torture ou quelque autre peine ou traitement cruel, inhumain ou dégradant, ni ne peut invoquer un ordre de ses supérieurs ou des circonstances exceptionnelles telles qu'un état de guerre ou une menace de guerre, une menace contre la sécurité nationale, l'instabilité politique intérieure ou tout autre état d'exception pour justifier la torture ou d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ». (Article 5 du « Code de conduite pour les responsables de l'application des lois », Assemblée Générale des Nations-Unies, 17 décembre 1979).*

En 1975, le jour même de l'adoption du nouveau règlement de discipline militaire, l'Etat-Major Général des Forces Armées belges publiait un commentaire dans lequel on pouvait lire : *« En cas d'opération armée, le supérieur est justifié (de l'ordre pouvant entraîner manifestement la perpétration d'un crime ou d'un délit), 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 »* Le Ministre de la Défense nationale cautionnait pour sa part cette Instruction (A.2), laquelle ne fut amendée qu'après sept

(9) Voy. Annexe I. et les termes de l'article 5, § 1 de la loi belge du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux Conventions de Genève (Article 5, § 1<sup>er</sup>) : *« Aucun intérêt, aucune nécessité d'ordre politique, militaire ou national, ne peut justifier, même à titre de représailles, les infractions prévues par les articles... »*.

années de représentations de professeurs de droit pénal et de droit international pénal de toutes les universités de Belgique.

On sait que la loi belge du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux conventions de Genève a pour sa part formellement consacré la condamnation de ladite théorie en disposant dans son article 5, § 1<sup>er</sup> : « *Aucun intérêt, aucune nécessité d'ordre politique, militaire ou national, ne peut justifier, même à titre de représailles, les infractions prévues par les articles...* ». L'exposé des motifs de la loi en développe suffisamment les raisons :

*« Un des principaux facteurs générateurs du crime de guerre se retrouve certainement dans la croyance erronée que les dispositions du droit humanitaire ne sont contraignantes que sous la réserve des nécessités vitales de la nation et, en particulier, des nécessités du combat. Croyance d'autant plus dangereuse qu'elle est partagée par maints responsables politiques, par maints auteurs versés dans les disciplines juridiques ou philosophiques et qu'elle a même pu imprégner certains règlements militaires. »*

*Il va de soi qu'une telle croyance fait fi du caractère irréductible des principes fondamentaux du droit humanitaire et plus largement des règles dites 'inconditionnelles' reprises dans les conventions de sauvegarde des droits de l'homme, règles de nature transactionnelle qui, après prise en compte des différentes nécessités d'ordre politique, militaire ou autre, représentent le minimum incompressible dû à la personne humaine dans la pire des circonstances (...) C'est afin d'écarter le sophisme que constitue la réintégration de l'exception de la « nation en péril » dans le droit humanitaire que l'article 5 de la présente loi en son § 1<sup>er</sup>, rappelle que, sauf exceptions mentionnées dans le texte lui-même, les dispositions du droit humanitaire s'imposent impérativement à l'obéissance de tous, sans que puissent leur être opposées ni la justification objective tirée d'un intérêt ou d'une nécessité d'ordre politique, militaire ou national ni la transgression de la règle par l'adversaire.*

Les organisateurs du XIV<sup>e</sup> Congrès international de droit militaire et de droit de la guerre tenu à Athènes, en mai 1997 n'ont pas manqué de reprendre la question (du caractère non dérogeable des dispositions du droit des conflits armés) en ces termes : « *Dans le cas de poursuites du chef de violations du droit des conflits armés, le fait que l'acte ait été inspiré par une nécessité militaire ou par un intérêt vital pour la nation constitue-t-il un moyen de défense admissible, soit comme cause de justification, soit comme cause d'excuse ?* »

#### Réponses des délégations :

**Rapport allemand :** « *Neither military necessity nor vital interests of a nation can be used as a relevant justification unless explicitly mentioned in existing international humanitarian law treaties or embodied in international customary law. Actions being considered as 'grave breaches' of existing international humanitarian law do not provide a justification with regard to military necessity and vital interests of a nation* »;

**Rapport britannique :** « *Under the Manual of Military Law (Part III), § 633, military necessity is not an acceptable plea unless express allowance to the contrary is made in applicable international law...* » (10)

**Rapport espagnol :** « *The notion that military reason should prevail over the ways of waging war is a doctrine which, from a legal standpoint, cannot be accepted. Acceptance of that notion would result in negation of the Law of War, and the limits on the employment of violence would be left at the discretion of the fighting parties. That is why no convention on jus in bello has ever ratified it, and no court of justice, either national or international, has ever considered that it constitutes ground enough for exculpatory pleas.* »;

**Rapport danois :** « *No excuse as a rule, but if the concrete situation recognises under international law that military necessity sets aside the requirement for respecting a given article in a war convention, for instance T.P.I. Art. 54.5, the excuse would of course be relevant.* »

Dans le même sens, les rapports autrichien, belge, grec, néerlandais, suédois... Comme exemples d'admissions particulières et expresses de l'exception de la nécessité militaire, on citera les articles 53 et 147 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève de 1949 relatifs à la destruction des biens.

Dans son rapport général présenté au terme du Congrès, M. A. Andries fit la synthèse des réponses apportées à cette question :

« *Dans un système cohérent d'intégration des normes internationales dans le droit interne, une telle cause de justification (tirée de la nécessité militaire ou de l'intérêt vital pour la nation) ne peut certainement pas être admise et c'est le cas dans la quasi-totalité des pays représentés.*

*La simple réponse négative à la question telle que rédigée l'implique déjà, mais plusieurs rapports le mentionnent explicitement. Ce n'est que dans la mesure où le droit des conflits armés l'admet que la cause de justification sera admise devant les juridictions nationales*

*La prétention de justifier tous les crimes de guerre au nom de la 'légitime défense' de l'Etat et de la nation est en effet en contradiction flagrante aussi bien avec la clause de Martens qu'avec le caractère intransgressible reconnu aux dispositions fondamentales des conventions humanitaires reconnues applicables 'en tout temps et en toute circonstance'. Elle est tout autant contraire aux dispositions fondamentales des conventions et pactes relatifs aux droits de l'homme déclarés non dérogeables 'même en temps de guerre et de crise grave menaçant la vie de la nation' »*

L'absence de réponse ou le caractère ambigu de la réponse de certaines délégations a incité un des rapporteurs à poser à plusieurs professeurs de droit international de ces pays la question précise suivante : « *Quelle place votre droit national réserve-t-il aux 'intérêts vitaux de la nation' dans la justi-*

(10) Le texte ne met cependant pas fin à toute difficulté : « Il convient de rappeler que le *Manual of Military Law* (ici cité) ne constitue pas une déclaration de droit effectif dans le Royaume-Uni : il ne fait que décrire le droit international tel que ce dernier est compris par les avocats militaires britanniques. Or, il est naturel que le Ministère de la Défense britannique souhaite retenir la possibilité de pouvoir se servir de l'argument de *nécessité militaire* » (David Turns, Univ. Liverpool, correspondance du 14.8.98).

*fication éventuelle des violations du droit international humanitaire des conflits armés ? »*

Les réponses sont reproduites in J. Verhaegen, *L'interopérabilité des forces armées et ses préalables légaux*, Actes du colloque du Centre des droits de l'homme (octobre 1997) de l'Université de Louvain, Bruylant-Academia, Louvain-la Neuve, 1999, pp. 101 à 131.

On relèvera comme particulièrement significative la réponse du recteur Claude Lombois (Aix-Marseille) :

*« Je ne pense pas qu'en droit international public, il soit jamais venu à l'esprit de quiconque de soutenir qu'une guerre, parce qu'elle serait juste dans son principe, pourrait user de n'importe quels moyens (...). Nécessité militaire ou intérêt national vital ne sauraient être un moyen de défense admissible dans une instance internationale.*

*Devant un juge français, la réponse serait probablement négative pour la nécessité militaire (sans quoi la notion même de droit humanitaire disparaît). Elle serait peut-être positive pour la nécessité vitale de la nation... »*

## ANNEXE II. LIMITE DE LA JUSTIFICATION PAR L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ EN DROIT PÉNAL NATIONAL

Arrêt « *The Mignonette* », C. Exeter, Queens Bench Division, 1884, 14 T.B.D. 273

*(...) La réelle question dans le présent cas est de savoir si tuer dans les circonstances établies plus haut est ou n'est pas un meurtre;*

*(...) Dans le chapitre où il traite de l'exonération résultant de la contrainte ou de la nécessité, Lord Hale s'exprime de cette façon : « Si un homme assailli se trouve en danger de mort et ne peut faire face à la fureur de son agresseur et se sauver lui-même qu'en tuant un innocent présent en ce lieu, la peur et la contrainte dont il a été l'objet ne l'acquitteront pas du crime et de la peine de meurtre s'il commet cet acte, car il aurait dû mourir lui-même plutôt que tuer un innocent (...).*

*La seule réelle autorité du temps passé (en faveur de l'argument avancé par la défense), est Lord Bacon qui dans son commentaire de la maxime 'necessitas inducit privilegium quoad jura privata', explique la loi comme suit : « La nécessité procure un privilège par elle-même. Elle peut être de trois sortes : nécessité de la conservation de la vie, nécessité de l'obéissance, nécessité 'of the act of God or of a stranger'. D'abord la nécessité de la conservation de la vie. Si un homme vole de la viande pour satisfaire sa faim, ce n'est pas un crime ni un vol. De même, si des hommes sont en danger d'être noyés dans un naufrage et que l'un d'entre eux atteint quelque planche ou s'installe sur le côté du bateau pour rester au-dessus de l'eau et qu'un autre pour sauver sa vie le bascule de telle manière qu'il se noie, ce n'est ni en se défendant ni par accident, mais c'est justifiable (...).*

*A la vérité, si Lord Bacon se proposait de poser en principe la thèse hardie qu'un homme peut sauver sa vie en tuant si nécessaire un homme innocent et inoffensif, cela ne refléterait certainement pas la loi qui nous gouverne en ce moment...*

*Bien que loi et morale ne soient pas la même chose, et que beaucoup de choses peuvent être immorales qui ne sont pas nécessairement illégales, cependant le divorce absolu de la loi et de la morale entraînerait des conséquences funestes; et*

*un tel divorce se produirait si la tentation de commettre le meurtre dans ce cas était considérée par la loi comme justifiant celui-ci. Préserver sa vie est généralement considéré comme un devoir mais ce peut être un devoir plus évident et plus important de sacrifier celle-ci (...). Il n'est pas correct de dire qu'il existe une nécessité absolue et sans réserve de préserver sa propre vie (...)*

*Il n'est pas nécessaire de souligner le grand danger d'admettre le principe qui fut ici discuté. Qui peut être le juge de cette sorte de nécessité? Suivant quel critère la valeur comparative des vies peut-elle être mesurée? Est-ce d'être fort ou intelligent ou quoi? (...) dans le cas qui nous occupe, le plus faible, le plus jeune, le plus démuni fut choisi. Était-il plus nécessaire de le tuer que les adultes? La réponse doit être « non ».*

*Il n'est nullement contesté que dans ce cas particulier les faits étaient « diaboliques », mais il est tout à fait clair qu'une fois admis, un tel principe pourrait constituer le manteau légal d'un déferlement de crimes honteux.*

*(...) Il ne faut pas supposer qu'en refusant d'admettre que la tentation constituait une justification pour le crime, on oublie combien fut terrible la tentation, horrible la souffrance, difficile la décision droite et la conduite pure (...). Mais nul n'a le droit de déclarer que la « tentation » est justifiée du fait qu'il pourrait lui-même y succomber (...)*

*Il est dès lors de notre devoir de déclarer que l'acte des accusés en l'occurrence était bien un meurtre, que les faits tels qu'ils sont établis ne correspondent pas à la justification légale de l'homicide et de dire que de notre opinion unanime, les accusés sont coupables de meurtre.*

N.B. Les accusés furent déclarés coupables de meurtre. En prononçant la peine de mort, la Cour sollicita la clémence de la Couronne en faveur des condamnés. La peine fut ramenée par la Couronne à six mois d'emprisonnement.