La question de l'ordre supérieur et la responsabilité des commandants

dans le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) du 8 juin 1977

par Maurice Aubert

Introduction

La question de l'ordre supérieur a donné lieu à une littérature abondante [1]. En effet, la complexité du problème a pour conséquence qu'il n'existe pas de réponse simple. Sur la base du droit national auquel il est soumis, le militaire qui refuse d'exécuter un ordre peut être l'objet d'une condamnation pénale. Les codes pénaux militaires prévoient en général, dans les cas graves et notamment pendant la guerre, que le juge pourra prononcer la peine de mort. Or, le fait d'avoir exécuté l'ordre d'un supérieur, qui viole le droit international humanitaire, peut ne pas avoir pour conséquence d'exclure la responsabilité pénale du subordonné militaire.

Il convient donc d'examiner l'antinomie des principes: discipline-responsabilité. Nous examinerons tout d'abord l'évolution de ce problème depuis le procès de Nuremberg. Nous rappellerons les dispositions des Conventions de Genève de 1949, au sujet des sanctions

[1] Voir notamment les monographies de Ekkehart Mueller-Rappard, *L'ordre supérieur militaire et la responsabilité pénale du subordonné*, Thèse, Pedone, Paris, 1965 et de L. C. Green, *Superior orders in national and international law*, Sijthoff, Leyden, 1976.

pénales. Nous nous arrêterons au débat qu'a suscité cette question lors de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés (ci-après la CDDH) de 1974 à 1977. Il y aura ensuite lieu d'examiner dans le Protocole I la portée des dispositions relatives à la répression des infractions graves et de constater que l'étendue de la responsabilité qui incombe aux supérieurs et aux commandants couvre en grande partie l'absence de dispositions limitant la portée du principe de l'excuse de l'ordre supérieur. Ce principe dépend des règles qui régissent la discipline militaire dans le droit national des Etats. Dans ce domaine, nous nous référerons principalement au droit suisse. Nous examinerons jusqu'à quel point les dispositions légales qui imposent l'obéissance à l'ordre dans l'armée suisse laissent une responsabilité à l'exécutant de s'y opposer au nom du respect du droit international humanitaire. Il conviendra enfin de chercher à déterminer l'incidence des réserves formulées par la Suisse lors de la ratification du Protocole I sur notre sujet.

1. Du Tribunal de Nuremberg aux travaux entrepris dans le cadre des Nations Unies

Avant la Seconde Guerre mondiale, ainsi que le constatent divers auteurs, si la question de l'ordre supérieur n'était pas résolue de façon définitive, il existait en revanche une doctrine qui, dans sa majorité, rejetait la théorie de l'obéissance absolue, le militaire n'est pas un robot, et admettait que le subordonné soit responsable, mais seulement à un certain degré, des ordres exécutés [2]. En revanche, le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg stipule à l'article 8 que le fait que l'accusé a agi conformément aux instructions d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas sa responsabilité mais pourra seulement être considéré comme un motif de diminution de la peine [3]. Cette disposition exclut donc dans une large mesure la prise en considération de l'effet justificatif de l'obéissance à l'ordre reçu. Le subordonné auteur d'un délit selon le droit international doit être reconnu coupable et condamné; il ne bénéficiera que de circonstances atténuantes. Il faut relever

[2] Cf. Lauterpacht, H., *Oppenheim's International Law*, vol. II, 6e éd., p. 454, nº 2, avec références.

[3] Article 8 de la Charte Constitutive du Tribunal Militaire International, signée à Londres le 8 août 1945, reproduit dans Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 82, pp. 279-311, Nº 251.

que ce principe a seulement été appliqué en général à l'égard des grands criminels. Selon certains auteurs, le châtiment des criminels de guerre ennemis était avant tout un problème politique [4]. L'on peut relever que cette règle, se heurtant à des dispositions du droit pénal de certains Etats, ne put être appliquée lors de procès des «petits» criminels de guerre.

Aujourd'hui, avec plus de quarante ans de recul, l'on ne peut conclure si les dispositions de la Charte du Tribunal Militaire International, de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié en Allemagne et des ordonnances nationales relatives à la répression des crimes de guerre doivent être considérées ou non comme ayant un effet constitutif de droit international [5]. En effet, la question des principes de Nuremberg a été reprise par les Nations Unies qui en ont confié l'étude à la Commission du droit international. L'article IV, rédigé par cette Commission, traitant de l'ordre supérieur, a donné lieu à de nombreuses discussions. Le projet de code qui incorpore les principes de Nuremberg, établi en 1954 [6] par la Commission du droit international après divers renvois devant l'Assemblée générale des Nations Unies, a été suspendu *sine die*. Notons toutefois que cette Commission se penche actuellement sur un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et que son rapporteur a proposé un article 8 C) excluant l'excuse de l'ordre supérieur, sauf en cas d'état de nécessité [7]. Etant donné qu'aujourd'hui, aucun code incorporant les principes de Nuremberg n'a jamais été formellement approuvé, leur valeur en tant que règle de droit international reste discutable. Aussi, la doctrine est-elle partagée [8]. Notre propos n'est pas de chercher à trancher ce dilemme.

[4] Voir par exemple Boissier, Pierre, *L'épée et la balance*, Genève, 1953, conclusion; Lauterpacht, «The Law of Nations and the Punishment of War crimes», in *British Yearbook of International Law (BYIL)* 1944, p. 71; Mueller-Rappard, *op. cit.*, p. 201; Radbruch, «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht», in *Süddentsche Juristenzeitung*, 1946, p. 105 ss.

[5] Voir sur ce point Mueller-Rappard, *op. cit.*, p. 223.

[6] *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1954, Doc. A/CN.4/88, p. 26-35.

[7] Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 37e session, 1986, Proposition de M. Doudou Thiam d'un art. 8C, document A/41/10, pp. 109-110.

[8] Blishchenko, Igor, «Responsabilité en cas de violation du droit international humanitaire», in *Les Dimensions Internationales du Droit Humanitaire*, Paris, Pedone et Unesco, Genève, Institut Henry-Dunant, 1986, p. 330; David, Eric, «L'excuse de l'ordre supérieur et l'état de nécessité», in *Revue Belge de Droit International (RBDI)*, 1978-1979, Vol. XIV, p. 70; Rölling, Bert, «Criminal Responsability for violations of the laws of war», in *RBDI*, 1976-I, Vol. XII, p. 20.

2. Les Conventions de Genève de 1949

Faisant suite à la recommandation de la XVIIe Conférence internationale de la Croix-Rouge à Stockholm, en 1948, le CICR a fait appel à un groupe d'experts qui établit un projet d'article précisant que le fait, pour l'inculpé, d'avoir agi sur l'ordre d'un supérieur ne constitue pas une excuse légale si l'accusation établit que, d'après les circonstances, l'inculpé pouvait raisonnablement se rendre compte qu'il participait à une violation des Conventions de Genève [9]. La Conférence diplomatique de 1949 a écarté ce projet [10].

Le système des sanctions pénales des Conventions est basé sur la distinction entre les infractions dites graves et les autres violations. En ce qui concerne les premières, tous les Etats qui y sont parties ont la compétence et l'obligation de les réprimer en se basant sur le principe *aut punire aut dedere* (punir ou extrader). Ils s'engagent à sanctionner pénalement les personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, des infractions graves et à les déférer devant leurs tribunaux ou les extrader [11].

Les infractions graves comprennent l'homicide intentionnel, la torture, les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de graves souffrances, ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé. Cela vise également la destruction et l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle, de façon illicite ou arbitraire [12]. La Convention III mentionne en outre le fait de contraindre un prisonnier de guerre à servir dans les forces armées de la puissance ennemie et celui de le priver de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement [13]. La Convention IV ajoute aux infractions graves la déportation, le transfert ou la détention illégale, ainsi que la prise d'otages [14].

Les Etats qui ont ratifié les Conventions de Genève assument la responsabilité d'intenter les poursuites en cas de violation. L'on doit donc constater que le principe selon lequel l'ordre supérieur ne constitue

---

[9] Voir *Remarques et propositions du CICR aux Gouvernements invités à la Conférence Diplomatique de 1949*, Genève, 1949, N° 6.

[10] Maunoir, J.-P., *La répression des crimes de guerre devant les tribunaux français et alliés*, Thèse, Faculté de Droit de l'Université de Genève, 1956, p. 231 ss.

[11] Conventions de Genève de 1949, articles 49/I, 50/II, 129/III, 146/IV.

[12] Conventions de Genève, articles 50/I, 51/II, 130/III, 147/IV.

[13] Article 130/III.

[14] Article 147/IV.

pas une excuse légale ne figure pas dans les Conventions de Genève. Bien que l'on puisse admettre l'existence d'une obligation coutumière à la charge des Etats de respecter les principes de Nuremberg, la prise en considération ou non de l'excuse légale de l'ordre supérieur dépend néamoins de la législation nationale de l'Etat dans lequel la poursuite pénale est instruite.

3. Les débats de la CDDH

Le projet de Protocole I, rédigé par le CICR, prévoyait à l'article 77 en substance ceci:

— nul ne sera puni pour refus d'obéissance à un ordre d'un supérieur dont l'exécution constituerait une infraction grave;

— le fait d'avoir agi sur ordre d'un supérieur n'exonère pas un inculpé de sa responsabilité pénale s'il est établi qu'il devait se rendre compte qu'il participait à une infraction grave et qu'il avait la possibilité de s'opposer à cet ordre.

Ainsi que l'a relevé le représentant du CICR, ces dispositions sont basées sur l'un des principes consacrés dans le Statut du Tribunal de Nuremberg [15]. Ce projet d'article finalement rejeté a donné lieu à un abondant débat [16]. Certains ont craint que cette disposition soit interprétée comme une ingérence dans le droit pénal des Etats [17]. Pour d'autres, les dispositions qui ont trait à la répression des infractions, notamment en raison de l'introduction de l'article 77 (article 87 dans le texte définitif) relatif aux devoirs des commandants, sont parfaitement équilibrées et donnent des garanties suffisantes pour empêcher ou réprimer toute violation résultant ou non d'une omission. A cela, il fut opposé que du moment où l'on sanctionne la responsabilité des commandants, il est juste de faire de même en ce qui concerne la responsabilité individuelle [18]. En outre, le projet de l'article 77 soulève le problème délicat de savoir jusqu'à quel point les subordonnés, selon leur droit national, peuvent discuter les ordres de leurs supérieurs [19]. Il peut même inciter à ne pas appliquer les lois nationales [20]. Devant

[15] CDDH/I/SR.51, in *Actes de la Conférence Diplomatique sur le Droit humanitaire*, Vol. IX, p. 125, par. 20.

[16] Voir à ce sujet l'article d'Eric David, *op. cit.*, p. 58 ss.

[17] Notamment le représentant du Royaume-Uni à la Conférence Diplomatique sur le Droit Humanitaire; voir CDDH/I/SR.51, *op. cit.* p. 139.

[18] CDDH/SR.45, Annexe, in *Actes CDDH*, Vol. VI, p. 330.

[19] *Id.*, p. 329.

[20] *Id.*, p. 332.

le rejet de l'article 77, le représentant du Saint-Siège déclara que la Conférence avait en quelque sorte enterré les principes de droit dégagés à Nuremberg et donc fait reculer le droit humanitaire.

Devant le rejet de ces dispositions, il nous paraît plus difficile d'admettre que les principes de Nuremberg font partie du droit international car, en bonne logique, ils auraient dû être inclus dans le droit international humanitaire. Cependant, d'aucuns estiment que le fait que la règle n'a pas été inclue dans un traité n'empêche pas qu'elle survit en tant que règle coutumière. Même, selon certains, l'idée que l'ordre supérieur n'est pas une excuse est intégrée au droit coutumier régional entre les Etats occidentaux et socialistes [21]. Quelle que soit l'opinion que l'on se fasse à ce sujet, nous ne pensons pas que l'on puisse parler réellement de recul du droit humanitaire. En effet, celui-ci, pour être universel, ne doit pas être imposé par un vainqueur, mais accepté de toutes les parties. Même si l'on estime que les principes ont été «mis à la porte» du droit international, il n'est pas exclu qu'ils puissent un jour y rentrer par la fenêtre! En admettant que les Etats qui, de leur plein gré, ont inclus dans leur législation ces principes, deviennent de plus en plus nombreux, il en résultera un moyen de pression qui pourrait aboutir à les introduire, de manière certaine, dans le droit international.

Aujourd'hui, un grand nombre de pays reconnaît dans son droit interne que l'excuse de l'ordre supérieur n'absout pas le subordonné de sa responsabilité pénale. Cette disposition se trouve contenue, selon la tradition juridique des pays concernés, soit dans le code pénal militaire, soit dans le code pénal, ou encore est issue d'une création jurisprudentielle. Dans tous les cas, la solution choisie découle des principes dégagés lors des jugements de Nuremberg et de Tokyo.

En effet, malgré la diversité des formules existantes, les droits nationaux établissent un lien entre l'engagement de la responsabilité pénale d'un individu, et la latitude qui lui est laissée dans les modalités d'exécution de l'ordre qu'il a reçu. On peut donc considérer que, même si l'excuse de l'ordre supérieur n'est pas reconnue en droit interne, les autorités judiciaires doivent tenir compte des contraintes auxquelles est soumis un subordonné lors de l'établissement de son degré de responsabilité. La pratique semble donc être généralement conforme aux principes de Nuremberg dans le droit interne de nombreux pays [22].

---

[21] Cassese, Antonio, *Violenza e Dirito nell'era nucleare*, Bari, 1986, p. 147.

[22] Voir sur ce sujet l'étude détaillée de L. C. Green, *op. cit.*, 374 pages, dans laquelle l'auteur examine la situation dans 26 pays représentant toutes les traditions juridiques et tous les courants actuels dans la société internationale.

Si la question de l'excuse de l'ordre supérieur n'a pas été inscrite dans le Protocole I, en revanche, l'autre face du même problème, le devoir des chefs de contrôler leurs subordonnés, est sanctionnée de manière étendue. L'on peut même se demander si cette solution n'est pas préférable. Lorsqu'une autorité supérieure donne un ordre qui viole le droit humanitaire, l'exécution ne se transmet pas en chaîne mais est répartie depuis le sommet d'une pyramide à un nombre croissant d'intermédiaires pour aboutir souvent à une multitude d'exécutants. Bien que ceux-ci soient conscients du caractère illicite de l'acte qu'ils commettent, n'ont-ils pas tendance à minimiser leur responsabilité en invoquant sa dilution due au nombre de ceux qui la partagent et à se considérer comme un simple rouage mu par l'impulsion de l'ordre reçu d'en haut! En outre, dans le climat de violence et de crainte engendré par la guerre, il leur faut du courage pour refuser un ordre. Le Protocole I aborde la question différemment en partant de la responsabilité du chef. Lorsque celui-ci reçoit l'ordre de commettre une infraction grave, il renoncera à la transmettre ou à l'exécuter, non pour refuser l'ordre supérieur, mais parce qu'il est conscient qu'au pouvoir de commander qu'il détient correspond une responsabilité personnelle du comportement de ses subordonnés. Selon le Protocole I, le chef qui reçoit un ordre supérieur n'est pas un intermédiaire, mais à tous les échelons, réellement un chef qui engage sa responsabilité par les ordres qu'il transmet à ses subordonnés. Le respect du droit humanitaire est donc basé non sur la menace du refus de la prise en considération de l'excuse de l'ordre supérieur mais sur le principe, plus motivant du point de vue psychologique, du devoir des chefs dans l'exercice du commandement. Nous tenterons de démontrer par la suite que la finalité des dispositions du Protocole I recouvre celle des principes de Nuremberg.

4. Les infractions graves selon le Protocole I

Le Protocole I n'a pas modifié le principe des Conventions basé sur la différence entre les infractions graves et les autres. En revanche, la liste des infractions graves a été considérablement élargie [23]. Celles contre la santé et l'intégrité physique ou mentale (mutilation, expériences médicales, prélèvements d'organes, etc.), sont décrites de façon détaillée [24]. Sont en outre considérés comme infractions graves les actes

[23] Voir les observations dans le «Message du Conseil fédéral concernant les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève, du 18 février 1981», *Feuille fédérale*, 14, Avril 1981, Vol. I, p. 1033.

[24] Article 11 du Protocole I.

commis intentionnellement, entraînant la mort ou causant des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, tels que:

— soumettre la population civile à une attaque;
— lancer une attaque sans discrimination atteignant la population civile ou contre des forces dangereuses (barrages hydrauliques, usines atomiques) en sachant que cela causera des pertes civiles;
— utiliser perfidement le signe de la croix rouge ou du croissant rouge [25].

Il convient de rappeler que l'expression «attaque» comprend aussi bien les actions offensives que les actions défensives, selon l'article 49 du Protocole I.

Sont également reconnues comme infractions graves, lorsqu'ils sont commis intentionnellement, des actes tels que:

— transfert par la Puissance occupante d'une partie de sa population civile dans le territoire qu'elle occupe ou déportation d'une partie de la population de ce territoire;
— retard injustifié dans le rapatriement des prisonniers de guerre ou civils;
— pratique de discrimination raciale telle que l'apartheid;
— priver une personne protégée par le droit international humanitaire de son droit d'être jugée régulièrement et impartialement [26].

5. Responsabilité des chefs selon le Protocole I

L'on constate de manière générale que les infractions graves prévues par le Protocole I pénalisent souvent des actes dont la responsabilité incombe aux chefs et non aux combattants pris individuellement. Afin que la culpabilité des chefs puisse être établie, il fallait également prévoir le comportement qu'ils sont tenus d'observer. Aussi est-il stipulé que l'omission contraire au devoir d'agir peut être considérée comme coupable [27]. Le fait qu'une infraction ait été commise par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale s'il savaient que l'infraction pouvait être commise et s'ils n'ont pas pris les mesures pour l'empêcher [28].

---

[25] Article 85, al. 3 du Protocole I.

[26] Article 85, al. 4 du Protocole I.

[27] Article 86, al. 1 du Protocole I.

[28] Article 86, al. 2 du Protocole I.

Si la compétence sur le plan militaire est attribuée par le droit national, le devoir qui en résulte est sanctionné par le droit international humanitaire [29]. Le supérieur est donc soumis à une responsabilité particulière lorsqu'il n'a pas pris les mesures qu'il était en état de prendre pour empêcher ou réprimer une infraction commise par l'un de ses subordonnés [30]. L'on entend par «supérieur» celui qui a une responsabilité personnelle à l'égard de l'auteur parce que celui-ci en tant que subordonné se trouvait placé sous son contrôle [31]. Il faut trois conditions pour que la responsabilité des supérieurs soit engagée:

— il s'agit des supérieurs du subordonné;
— ils savaient ou disposaient d'informations permettant de conclure qu'une infraction était ou allait être commise;
— ils n'ont pas pris les mesures en leur pouvoir pour l'empêcher ou la réprimer [32].

Les forces armées doivent être soumises à un régime de discipline interne qui assure notamment le respect du droit international humanitaire [33]. En conséquence, les parties au conflit doivent charger les commandants d'empêcher que soient commises des infractions aux Conventions et au Protocole I et, au besoin, de les réprimer et de les dénoncer aux autorités compétentes [34]. Ceux-ci doivent donc s'assurer que leurs subordonnés connaissent leurs obligations aux termes des Conventions et du Protocole I [35]. Le concept du devoir humanitaire des commandants existait même avant la première Convention de Genève de 1864. Il figure déjà avec précision dans un ordre du Général G. H. Dufour, émis en 1847 [36]. Selon le Protocole I, lorsque le comman-

---

[29] *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR, Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1986, p. 1034, ch. 3537.

[30] Article 86, al. 2 du Protocole I.

[31] *Commentaire..., op. cit.*, p. 1037, ch. 3544.

[32] *Id.*, p. 1036, ch. 3543.

[33] Article 43, al. 1 du Protocole I.

[34] Article 87, al. 1 du Protocole I.

[35] Article 87, al. 2 du Protocole I.

[36] En 1847, la Suisse connut un conflit interne, la guerre du Sonderbund. Guillaume-Henri Dufour fut nommé Général, Commandant en chef des troupes fédérales. Dans ses «recommandations sur la conduite à tenir envers les habitants et les troupes» qu'il imposa aux états-majors, il ordonne de respecter les biens et les personnes civiles, de soigner comme les siens, les blessés ennemis et de ne faire aucun mal aux prisonniers. Dans un P.S. à ce document rédigé de sa main, le Général Dufour, qui devint par la suite le premier président du CICR ajoute: «Que les chefs supérieurs s'attachent à inculquer ces principes à leurs subordonnés, et ceux-ci aux officiers inférieurs, pour que

dant, en conformité de cette obligation, a instruit son subordonné, si celui-ci dans le cadre de ses compétences d'exécution de l'ordre commet un acte illicite, il ne pourra pas se prévaloir de l'excuse de l'ordre supérieur. En outre, tout commandant doit, lorsqu'il a appris que des subordonnés vont commettre une infraction, mettre en œuvre les mesures nécessaires pour l'empêcher. Quand l'infraction a été commise, il doit prendre l'initiative d'une action à l'encontre des auteurs des violations [37]. A noter que «le mot 'commandant' vise toute personne ayant des responsabilités de commandement, depuis les commandants supérieurs jusqu'aux chefs n'ayant que quelques hommes sous leurs ordres» [38]. En d'autres termes, la responsabilité de l'application du droit international humanitaire incombe à tous les échelons de la hiérarchie militaire du général au caporal, chacun dans le cadre de ses compétences.

Le déroulement du combat ne permet pas au commandant de contrôler en permanence sa troupe, mais il doit exiger une discipline suffisante [39]. Or, pour être réelle, la discipline doit être basée sur l'instruction. Il convient donc que les subordonnés aient été formés par leurs supérieurs à l'application des règles du droit humanitaire correspondant à leur compétence de décision.

Devant la responsabilité imposée à tout commandant, il y a plus apparemment que réellement un certain illogisme d'avoir refusé une disposition stipulant que l'ordre supérieur ne constitue pas une excuse légale. Selon nous, le problème n'est pas d'accepter ou de refuser ce principe, mais celui de l'appréciation de l'acte dans la sphère de compétences de chaque militaire qui détermine le jugement que l'on peut porter sur l'acte ordonné, en tenant compte de la latitude donnée à l'exécutant de s'y opposer.

Lorsqu'un commandant donne un ordre et que, pour l'exécution, le subordonné donne à son tour un ordre à ceux qu'il commande, l'on constate qu'agissant en tant que commandant, il tombe sous le coup des dispositions du titre V, section 2, du Protocole I qui traite de la répression des infractions. En effet, s'il savait ou devait savoir que ses

---

de là, ils passent aux soldats, et servent de règle à l'armée fédérale toute entière. Elle doit tout faire pour prouver au monde qu'elle n'est pas une réunion de barbares. Berne, le 4 novembre 1847, Le Commandant en chef», Olivier Reverdin «Le Général Guillaume-Henri Dufour, précurseur d'Henri Dunant», dans *Etudes et Essais sur le Droit international humanitaire et sur les Principes de la Croix-Rouge en l'Honneur de Jean Pictet*, Ed. Christophe Swinarski, Martinus Nijhoff Publishers, Genève-La Haye, 1985, p. 957.

[37] Article 87, al. 3 du Protocole I.

[38] *Commentaire..., op. cit.*, p. 1034, ch. 3553.

[39] *Commentaire..., op. cit.*, p. 1042, ch. 3550.

subordonnés allaient commettre une infraction et qu'il n'a pas pris les mesures pour l'empêcher, il est responsable soit d'avoir agi par omission, soit d'avoir failli à son devoir. L'on doit donc admettre que tout commandant qui, en exécution d'un ordre supérieur, donne lui-même un ordre qui viole le droit international humanitaire est coupable [40].

Tout comme le Tribunal de Nuremberg, il faut distinguer entre l'ordre «cadre» qui laisse un subordonné donner un ordre d'exécution dont il assume la responsabilité (exemple: le régiment de chars a l'ordre de progresser sur tel axe) et l'ordre «strict» qui ne laisse pas de marge d'appréciation à l'exécutant (exemple: tout prisonnier de guerre évadé et repris sera immédiatement abattu). Dans le premier cas, le commandant de régiment pourra et devra dans sa donnée d'ordre tenir compte du droit international humanitaire. Dans le second, en admettant que le droit national auquel est soumis le commandant du camp de prisonniers ne prévoie pas les principes de Nuremberg, il devra néanmoins ne pas exécuter l'ordre qui, pour lui, est inexécutable car en le transmettant à ses subordonnés, il engagerait sa responsabilité. Un ordre entaché d'illicéité ne doit pas être exécuté, en conséquence, un commandant a le devoir de le refuser. Demeure réservée la preuve libératoire de la contrainte.

Seul le simple soldat n'est pas soumis à la responsabilité des supérieurs et des commandants (art. 86 et 87 du Protocole I). Il devra cependant répondre de la violation des règles de base du droit international humanitaire. Il doit, par exemple, refuser l'ordre de son lieutenant d'achever un ennemi blessé ou de fusiller des prisonniers. Ce n'est que s'il agit sous la contrainte d'une menace grave, par exemple d'être lui-même passé par les armes, que le soldat qui exécutera l'ordre pourra être libéré de sa responsabilité pénale.

L'on a reproché au fait de ne pas admettre l'excuse de l'ordre supérieur de porter atteinte à la discipline militaire, telle que prévue par le droit national, et de saper la confiance dans les supérieurs. En réalité, en se plaçant dans l'urgence de l'action, la difficulté d'application réside le plus souvent dans la possibilité pour le subordonné d'apprécier la portée de l'ordre reçu. C'est pour cela que le fait de n'avoir pas délimité la portée de l'excuse de l'ordre supérieur dans le Protocole I ne signifie en aucune manière que le soldat puisse exonérer sa responsabilité en cas d'exécution d'ordres dont il peut se rendre compte qu'ils violent des principes élémentaires, tels que le respect des blessés, des naufragés, des prisonniers et des civils, prévus par les

[40] Blishchenko, *op. cit.*, p. 343.

Conventions de Genève, ainsi que les attaques d'une personne hors de combat ou l'utilisation perfide d'un signe protecteur, dispositions prévues dans le Protocole I. Par ailleurs, comme nous l'avons relevé, un grand nombre d'infractions graves prévues par le Protocole I mettent principalement le poids de la responsabilité sur les commandants, qui sont en mesure d'apprécier la situation. Tel est notamment le cas pour les méthodes de combat, mais la difficulté réside dans l'échelon auquel il faut fixer la responsabilité.

6. Dispositions internes du droit suisse

Le Code pénal militaire suisse (CPM), comme celui de toutes les armées, érige en délit la désobéissance. Celui qui n'aura pas obéi à un ordre concernant le service, adressé à lui-même ou à la troupe dont il fait partie, sera puni de l'emprisonnement [41]. En temps de guerre, la peine sera la réclusion ou la peine de mort si la désobéissance a lieu devant l'ennemi [42].

«Si l'exécution d'un ordre de service constitue un crime ou délit, le chef ou le supérieur qui a donné l'ordre est punissable comme auteur de l'infraction» [43]. La responsabilité du supérieur porte donc sur l'ordre qu'il a donné. Or, ainsi que nous l'avons constaté, celle prévue par le Protocole I est plus étendue car le supérieur est également responsable par omission [44]. Plus directement, cette obligation incombe aux commandants à l'égard de leurs subordonnés [45]. En outre, les commandants doivent s'assurer que les subordonnés placés sous leur commandement connaissent leurs obligations aux termes des Conventions et du Protocole I [46].

En ce qui concerne le subordonné, il est aussi punissable s'il s'est rendu compte qu'en donnant suite à l'ordre reçu il participait à la perpétration d'un crime ou délit. Le juge pourra toutefois atténuer la peine ou exempter le prévenu conformément à l'art. 18, al. 2 du CPM. Nous constatons qu'en droit positif suisse, ainsi que cela est le cas dans

---

[41] Article 61, al. 1, *Code Pénal Militaire Suisse* (*CPM*).

[42] Article 61, al. 2, *CPM*.

[43] Article 18, al. 1, *CPM*. Pour la notion de délinquant en droit international humanitaire, voir *Commentaire...*, *op. cit.*, p. 1003, ch. 3411.

[44] Article 86, al. 2 du Protocole I.

[45] Article 87, al. 1 et 2 du Protocole I.

[46] Article 87 du Protocole I.

d'autres Etats [47], l'excuse de l'ordre supérieur n'a pas un caractère libératoire. Toutefois, le juge dispose de pouvoirs lui permettant, selon les circonstances, d'en tenir compte. Cette solution nous paraît juste. Bien que pour en garantir l'efficacité, l'armée suisse se doit de veiller à l'observation d'une discipline stricte, en raison de son caractère de milice, il est normal que chaque citoyen soldat supporte une certaine responsabilité lui donnant le droit de s'opposer à un ordre illicite. Par exemple, lors de cours de répétition, l'officier de sécurité a le droit d'interdire l'exécution d'un ordre de tirer hors de la zone des buts, même si le supérieur insiste. Il est vrai que la Suisse n'ayant pas connu la guerre, l'on ne peut faire état de jurisprudence relevante dans ce domaine. Quant à la notion de «participation» à un crime, nous renonçons à examiner les hypothèses où l'on pourrait invoquer la culpabilité en tant que co-auteur, instigateur ou complice, de même que les situations personnelles dues à la subordination qui permettent de faire valoir des circonstances atténuantes telles que le devoir d'obéissance [48].

La Suisse s'est conformée aux obligations prévues par les Conventions de Genève en introduisant les dispositions du chapitre 6 (infractions commises contre le droit des gens en cas de conflit armé) du CPM. Il est notamment prévu que les infractions aux prescriptions de conventions internationales sur la conduite de la guerre et la protection des personnes et des biens, ainsi que les violations d'autres lois ou coutumes de la guerre reconnues, sont punissables [49]. En ce qui concerne le Protocole I, même si l'on peut relever un certain manque de clarté dans la définition de certains délits par rapport au principe *nullum crimen sine lege*, le législateur a estimé que la ratification par la Suisse des Protocoles additionnels (Protocole I en particulier) ne nécessitait pas une révision du CPM [50]. Les infractions graves, telles que décrites dans le Protocole I, sont donc couvertes par le chapitre 6 du CPM; demeure réservée la portée des réserves formulées par la Suisse, lors de la ratification du Protocole I.

En ce qui concerne l'entraide judiciaire en matière pénale [51], la Suisse est en mesure d'accorder une coopération aussi large que possible

---

[47] Voir notamment en Belgique le «Règlement de discipline des forces armées introduit par la loi du 14 janvier 1975, article ii, par. 2, reproduit in David, *op. cit.*, pp. 70 ss.

[48] Voir l'article 45, *CPM*.

[49] Selon l'article 109, *CPM*.

[50] Message du Conseil Fédéral, *op. cit.*, p. 1034.

[51] Article 88 du Protocole I.

dans toute procédure relative aux infractions graves par l'application de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale [52].

7. Les réserves formulées par la Suisse lors de la ratification du Protocole I

Lors de la ratification des Protocoles, la Suisse a formulé des réserves au sujet de certaines dispositions du Protocole I sur la protection de la population civile contre les effets des hostilités en cas d'attaque [53]. Le Protocole I réaffirme le principe selon lequel les opérations militaires doivent être conduites en veillant à épargner la population civile [54]. Selon l'article 57, para. 2, l'attaquant a l'obligation de prendre les précautions que l'on peut résumer ainsi:

a) il doit faire tout ce qui est possible pour vérifier que les objectifs ont un caractère uniquement militaire;

b) il renoncera à l'attaque ou l'interrompra lorsque les conditions mentionnées sous a) ne seraient pas respectées;

c) il avertira la population civile en cas d'attaque pouvant l'affecter.

Déjà lors de la Conférence diplomatique, le représentant de la Suisse avait relevé que la formule trop vague «ceux qui préparent ou décident d'une attaque» risque de donner à des militaires subalternes de lourdes responsabilités, qui incombent aux échelons élevés de la hiérarchie militaire [55]. Aussi, le Conseil fédéral a donné, lors de la signature du Protocole I, la déclaration interprétative suivante à l'article 57, para. 2:

---

[52] Voir Aubert, Maurice, «La répression des crimes de guerre dans le cadre des Conventions de Genève et du Protocole additionnel I et l'entraide judiciaire accordée par la Suisse», in *Schweizerische Juristen-Zeitung*, Heft 23, 1983, pp. 368 ss.

[53] Cf. Aubert, Maurice, «Les réserves formulées par la Suisse lors de la ratification du Protocole additionnel aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)», in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les Principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Ed. Christophe Swinarski, Martinus Nijhoff Publishers, Genève-La Haye, 1985, p. 139 ss.

[54] Article 57, al. 1 du Protocole I.

[55] *Actes de la CDDH*, Vol. VI, p. 212 (CDDH/SR.42, par. 43).

«Les dispositions du chiffre 2 de cet article ne créent des obligations que pour les commandants dès le niveau du bataillon ou du groupe et aux échelons plus élevés» [56].

Lors de la ratification, le Gouvernement suisse a répété cette déclaraiton interprétative sous forme de réserve, en y ajoutant la phrase suivante:

«Sont déterminantes, les informations dont disposent les commandants au moment de leur décision» [57]. A noter que la République d'Autriche qui, sur le plan militaire, se trouve dans une situation assez semblable à la Suisse, lors de la ratification du Protocole I a formulé au sujet de l'article 57, paragraphe 2, une réserve analogue [58]. En effet, afin de ne pas paralyser toute action militaire, on ne peut demander au commandant qui prépare une attaque d'en compromettre le succès par l'attente d'informations complémentaires avant d'en décider le déclenchement. Ces réserves nous paraissent justifiées car, en général, le commandant de compagnie ou de batterie, a fortiori les échelons inférieurs, n'ont pas les moyens de prendre leurs décisions en tenant compte des conditions imposées à l'article 57, paragraphe 2. En revanche, les commandants de bataillon ou de groupe et ceux des échelons supérieurs disposent d'un état-major et de moyens d'exploration ou de renseignement qui leur permettent d'apprécier la situation.

C'est donc à ces échelons de prendre les mesures nécessaires pour que les dispositions de l'article 57, paragraphe 2, soient respectées et de donner des ordres suffisamment précis à leurs subordonnés pour qu'ils ne commettent pas d'infractions [59].

La réserve de la Suisse ne donne qu'une exonération partielle des *subordonnés au sujet des précautions dans l'attaque, car leur devoir de* commandant subsiste. L'exécution d'un ordre, aussi précis soit-il, laisse presque toujours dans ce domaine une certaine initiative au subordonné qui l'exécute. En conséquence, si l'on peut admettre que le commandant de compagnie ou de batterie puisse exciper de l'excuse de l'ordre reçu, dans son exécution sur la base des renseignements en sa possession, il

---

[56] A noter que l'expression «groupe», équivalente dans l'armée suisse à celle de «bataillon» est notamment utilisée dans l'artillerie et la DCA.

[57] Message du Conseil fédéral, *op. cit.*, p. 1063.

[58] Instrument de ratification des Protocoles additionnels de la République d'Autriche du 13 août 1982.

[59] Article 86 du Protocole I.

demeure responsable d'empêcher d'une manière générale et dans le cadre des dispositions de l'article 57, paragraphe 2, que des violations graves soient commises par ses subordonnés.

Quant à la seconde réserve formulée par la Suisse [60] qui précise que certaines précautions contre les effets des attaques «seront appliquées sous réserve des exigences de la défense du territoire national» [61], elle est due à la forte densité de population et au fait que les mesures de protection civile sont fort développées en Suisse [62].

Nous venons de voir selon la réserve exprimée par la Suisse au sujet des précautions dans l'attaque (art. 57. al. 2 du Protocole I) que celles-ci ne créaient des obligations que depuis l'échelon du bataillon. Par analogie, il paraît logique d'admettre que les précautions contre les effets de l'attaque n'engagent que les commandants de bataillon ou de groupe. Si l'on additionne l'expression «dans toute la mesure de ce qui est pratiquement possible» [63] et son interprétation helvétique restrictive, il y a peu de risques que le subordonné, qui exécute un ordre ne respectant pas les dispositons de l'article 58, puisse être tenu pénalement responsable de la violation de cet article.

Conclusion

Sur le plan du droit international, la question de l'excuse de l'ordre supérieur n'a ni des bases certaines, ni une délimitation précise. C'est donc aux Etats qu'il appartient de la régler, en tenant compte de la spécificité de leur droit national.

Du point de vue du droit international humanitaire, l'absence de dispositions dans ce domaine ne représente toutefois pas une lacune aussi grave que l'on pourrait le supposer. Tout d'abord, ce droit, qui se doit avant tout d'être universel et respecté de tous, ne peut chercher sous peine de rejet à imposer, dans ce domaine, des règles qui s'opposent aux législations nationales. En outre, lorsque l'on songe aux infractions graves commises ces dernières années lors de conflits armés, elle se rapportent principalement à des violations des Conventions de Genève (traitement inhumain des blessés, conditions de détention des prisonniers, non respect des populations civiles, etc.)

[60] Réserve portant sur l'article 58 du Protocole I.

[61] Arrêté fédéral du 9 octobre 1981, in *Feuille Fédérale*, 1981, p. 1063, Recueil systématique du droit fédéral, O.518.521., p. 63.

[62] Aubert, Maurice, «Réserves...», *op. cit.*, p. 144.

[63] Article 58 du Protocole I.

Pour ce qui a trait au Protocole I, cela concerne en particulier le non respect de règles universellement reconnues, (protection contre les effets des hostilités à l'égard de la population, limitation des méthodes de combat, etc.). Même si un article sur la responsabilité de celui qui exécute un ordre illicite avait été introduit dans les Conventions de Genève ou le Protocole I, aurait-il dissuadé les auteurs des infractions graves et permis qu'ils soient punis? Nous en doutons, car l'on doit malheureusement constater que les infractions graves au droit international humanitaire proviennent le plus souvent d'ordres donnés par les échelons les plus élevés de la hiérarchie militaire. Aussi, la troupe n'était-elle pas en mesure de les refuser. Pour châtier les vrais coupables il faudrait créer un tribunal supranational qui ait l'autorité nécessaire afin de juger et punir les chefs des Etats qui ont ordonné ou toléré des violations graves du droit international humanitaire. Mais nous sommes encore loin d'une telle solution!

L'on doit en revanche relever combien le Protocole I, en précisant la responsabilité des chefs à tous les échelons, marque un progrès qui devrait être un facteur coercitif de l'application du droit international humanitaire. En effet, les Parties au conflit doivent exiger des chefs qu'ils prennent les mesures nécessaires afin d'empêcher que leurs subordonnés commettent des infractions graves et de les réprimer [64]. Mais cette obligation, notamment dans le feu de l'action, ne peut être correctement remplie si elle n'est soutenue par une instruction aussi solide que celle exigée pour le maniement des armes et la conduite du combat. La connaissance du droit international humanitaire à tous les échelons de la hiérarchie militaire représente donc le premier et principal devoir imposé aux commandants par le Protocole I. Il importe que les Etats qui l'ont ratifié prennent pleinement conscience de leur responsabilité dans ce domaine. Quant à ceux qui ne l'ont pas encore ratifié, ils ne peuvent, à notre avis, prétendre que les dispositions relatives à la responsabilité des chefs ne les concernent pas. En effet, il ne s'agit pas de règles particulières introduites dans le Protocole I, mais de la transcription de principes de base sans l'observation desquels l'application des Conventions de Genève serait illusoire.

Insister sur la responsabilité des commandants est particulièrement nécessaire dans les Etats qui n'admettent pas celle des subordonnés, en cas d'exécution d'un ordre supérieur illicite. En effet, les deux principes se recouvrent en partie et se rejoignent dans une même finalité

[64] Articles 86 et 87 du Protocole I.

qui est de responsabiliser les membres des forces armées afin d'empêcher, sinon de punir, les infractions graves. Tous les Etats doivent donc prendre conscience de leur devoir d'être prêts à respecter et à faire respecter lors d'un conflit armé le droit international humanitaire, en tant que branche du droit international universellement acceptée par la communauté des Etats.

Maurice Aubert

M. Maurice Aubert est docteur en droit de l'Université de Genève. Il a occupé des fonctions juridiques au sein d'une banque genevoise avant d'entreprendre une carrière politique sur le plan cantonal: il a notamment présidé le Conseil municipal de la Ville de Genève. Deputé au Grand Conseil de la République et Canton de Genève, il a présidé cette institution de 1977 à 1979. M. Aubert est membre du CICR depuis 1979, du Conseil exécutif depuis 1983 et Vice-Président depuis le 1er janvier 1984. Il a publié des ouvrages et articles dans le domaine du droit des affaires, du droit suisse et de l'entraide judiciaire internationale.