

Entraves juridiques à la poursuite des infractions au droit humanitaire *

par Jacques Verhaegen

On sait qu'en signant et ratifiant les Conventions de Genève du 12 août 1949, les hautes parties contractantes se sont engagées à rechercher et poursuivre, *quelle que soit leur nationalité*, les personnes ayant commis ou donné l'ordre de commettre les infractions graves définies par lesdites Conventions. Comme nous l'avons dit ailleurs ¹, cet engagement exprès contraste trop avec les mœurs existantes et les traditionnelles immunités dont bénéficient les nationaux en ce domaine pour qu'on ne puisse légitimement s'interroger sur la façon dont les Etats entendent traduire cet engagement dans les faits et rallier sur ses implications la conviction profonde des politiques, des militaires et *des autorités judiciaires*.

S'agissant de l'Etat belge, nous nous posions la question: «Mieux qu'un autre pays, est-il prêt et a-t-il accoutumé les esprits à soumettre aux sanctions de ses lois pénales tout Belge, quels que soient son rang et sa fonction, qui aurait bravé un interdit du droit humanitaire, non point dans un but intéressé ni par sadisme, mais au nom et pour le compte de l'Etat dans le cadre de son activité de défense nationale?».

* Le présent article est extrait du rapport national belge qui sera présenté au XIV^e Congrès international de droit pénal (Vienne, 1989). Qu'il me soit permis de le dédier à la mémoire de mon frère Yves, volontaire de guerre.

¹ J. Verhaegen, «La répression des crimes de guerre en droit pénal belge», *Mélanges Hans-H. Jescheck*, Berlin, Duncker et Humblot, 1985, p. 1441.

Les inhibitions qui caractérisent en ce domaine l'exercice des fonctions de poursuite et de jugement ont déjà fait l'objet de plusieurs analyses². On serait tenté d'en retirer cette impression confiée par André Malraux dans *l'Espoir*: «Les hommes ne croient pas sans peine à l'abjection de ceux avec qui ils combattent». Ou encore cette observation d'un spécialiste du droit administratif, traitant de l'abus d'autorité en droit interne français: «Il est possible qu'il soit pénible de condamner un agent qui, tout en commettant une voie de fait, avait agi sans intention malveillante et en croyant servir l'intérêt général... cela est assez injuste»³.

Ce phénomène d'inhibition n'a pas manqué d'être évoqué au séminaire de l'Institut supérieur international des sciences criminelles (ISISC) (Noto, mai 1984) consacré notamment aux «*horizons nouveaux du droit international pénal des conflits armés*». On lit dans le rapport de synthèse: «D'origine sans doute moins juridique que politique et psychologique, la difficulté de la mise en place d'un droit humanitaire *pénalement* sanctionné est apparue comme liée avant tout à l'incompréhension encore très générale du rôle de ce droit dans la protection du *minimum redevable à l'Homme* dans la pire des circonstances..., minimum d'humanité à protéger perpétuellement contre les assauts de la «raison d'Etat» et des nécessités militaires...».

Des avatars de l'affaire Shimoda et du procès de My-Laï à la difficile mise en place de la commission Kahane dans l'affaire de Sabra et Chatila, les exemples abondent de ces réticences et de ces entraves à la mise en œuvre d'un droit humanitaire *judiciairement protégé*⁴.

Qu'elles soient d'origine politique ou psychologique, ces réticences n'auraient cependant pu avoir raison de l'obligation légale de «rechercher et poursuivre», si elles n'avaient trouvé quelque appui dans des textes légaux, à tout le moins sur des considérations d'allure *juridique*. Le même rapport de Noto évoqué plus haut a pu, à cet égard, faire mérite au Séminaire d'avoir désigné à la réflexion des organes de justice et à l'analyse des chercheurs différents «points de blocage, théories-échappatoires ou obstacles de procé-

² J. Verhaegen, *La protection pénale contre les excès de pouvoir et la résistance légitime à l'autorité*, Bruxelles, Bruylant, 1969, pp. 117 et s. et références citées.

³ Cf. Debary, *L'inexistence des actes administratifs*, Paris, Pichon-Durand, 1960, p. 32.

⁴ J. Verhaegen, «Les nouveaux horizons du droit international pénal des conflits armés», *Rev. Dr. Pén. Crim.*, janvier 1985, p. 34. «New Horizons in international criminal law», *Nouv. Et. pénales*, 1985, pp. 45 à 58.

dure» parmi les plus généralement utilisés pour opposer une barrière «légale» à la poursuite et au jugement des violations du droit humanitaire, fussent-elles flagrantes et gravement dommageables.

C'est à l'analyse de ces principales échappatoires qu'il nous paraît utile de revenir dans le présent article.

1. Le déclinatoire de compétence des autorités judiciaires

Connue dans certains pays sous le nom de théorie de l'acte de gouvernement ou de «*judicial restraint*», la prétention séculaire du pouvoir exécutif de faire échapper au contrôle du pouvoir judiciaire les décisions relevant des domaines «réservés» de la politique étrangère, de la sûreté extérieure de l'Etat et de la défense nationale, si elle ne s'appuie pas tout bonnement et, dirions-nous, cyniquement sur une «raison d'Etat» affranchie de toute considération juridique ou morale, tentera au moins de tirer sa légitimité de l'idée, inexacte, que le contrôle de la légalité d'une mesure gouvernementale ne saurait s'exercer sans empiéter dangereusement sur le pouvoir discrétionnaire du gouvernement ⁵.

Certes, depuis que les Etats ont par conventions internationales ⁶ accepté en grand nombre le principe de la responsabilité pénale pour faits de guerre et le recours individuel contre les violations du *jus in bello*, il est devenu difficile de soutenir la thèse de l'immunité pénale des actes relevant de la défense nationale. Il reste cependant que la vieille théorie continue de façon significative à resurgir régulièrement dans les déclarations de responsables politiques et militaires, voire dans l'argumentation de magistrats.

«Le déclinatoire de compétence est soulevé (...). En matière de défense, les décisions sont au-dessus des lois; la question de la légalité de ces décisions ne se pose pas...» ⁷.

Les termes sont ceux d'un magistrat belge répondant en 1986 à une requête en annulation d'une décision gouvernementale en

⁵ Caractéristique de cette opinion, la déclaration faite à la radio belge par le général V. Walters au lendemain de la condamnation de son pays par la Cour internationale de Justice (27 juin 1986): «Mon gouvernement ne se laissera pas dicter sa politique étrangère par un collège de juges étrangers...».

⁶ Cf. notamment les articles (I) 49, (II) 50, (III) 129, (IV) 146 des Conventions de Genève du 12 août 1949, 85 du Protocole I additionnel de Genève de 1977 et l'article 15, § 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, faisant référence à la «licéité» des actes de guerre.

⁷ Réponse du premier auditeur près le Conseil d'Etat dans l'affaire *Pax Christi et consorts*, 1986.

matière d'armement. Utilisé au cours de l'année même où la Belgique ratifiait un Protocole qui lui fait obligation notamment de *poursuivre devant ses tribunaux* l'ordre d'attaquer des populations civiles ou des localités non défendues, qui lui interdit de recourir à la violence indiscriminatoire et l'oblige à vérifier la compatibilité de ses armes nouvelles avec les règles du droit international, le déclinatoire de compétence illustre bien la difficulté d'assimilation du droit international pénal des conflits armés par ceux-là mêmes qui ont charge d'en appliquer les préceptes.

Mais cette prétendue immunité pénale ne constitue pas, et de loin, le seul moyen d'empêcher que les violations du droit humanitaire parviennent à la connaissance des juridictions de jugement.

2. Les classements sans suite et les renvois à la simple discipline du corps

La faculté reconnue à certaines autorités judiciaires, notamment aux organes de poursuite, d'évaluer la consistance des charges, voire l'opportunité de la poursuite, n'a sans doute pas peu contribué à écarter des prétoires la plupart des crimes et des délits «de service» — quelle que soit leur gravité — commis au nom et pour compte de l'Etat national⁸.

Certains en ont tiré la conclusion pessimiste que seule l'intervention des médias pourrait assurer, dans certains cas privilégiés, le renvoi de telles affaires devant les juridictions de fond⁹.

Dans l'«Affaire Greenpeace», bien que le Premier ministre français ait déclaré le 27 août 1985 que «s'il apparaissait que des faits criminels ont été commis par des Français, des poursuites judiciaires seraient immédiatement exercées», on sait que le 28 novembre 1985, malgré et peut-être à cause de l'identification de plusieurs responsables politiques et militaires de l'opération, le ministre de la Défense estimait devoir déclarer que malheureusement les poursuites pénales étaient devenues impossibles (sic)... en

⁸ J. Verhaegen, «L'excès de pouvoir, la légalité de crise et le droit de Nuremberg», in *La protection pénale contre les excès de pouvoir*, op. cit., pp. 359 et s. Spécialement, sur la «*favor potestatis*», pp. 420 et s. Sur certains cas de poursuites effectivement engagées, cf. J. Verhaegen, «La culpabilité des exécutants d'ordres illégaux», *Rev. Jurid. du Congo*, 1970/3, p. 231 et s., spécialement note 2.

⁹ Cf. notamment, M. Mc Carthy, *Rapport sur le procès du capitaine Médina*, Laffont, Paris, 1973 et compte rendu de J. Verhaegen, *Rev. Dr. Pén. Crim.*, 1973-74, p. 615.

raison du refus du Parlement de constituer une commission parlementaire d'enquête!

En Belgique comme en France, l'inertie injustifiée des organes de poursuite pourrait théoriquement être surmontée par la faculté reconnue à la partie lésée de mettre elle-même l'action publique en mouvement. Mais la jurisprudence belge ne l'a précisément pas admis à l'égard des tribunaux militaires qui sont en Belgique les juridictions normalement compétentes pour connaître des crimes de guerre et, plus généralement, des infractions commises par les militaires.

Bien plus, en vertu d'une loi belge de 1975, les juridictions militaires dûment saisies par l'autorité compétente conservent encore la faculté de se dessaisir ¹⁰ du fait qui leur est déféré en décidant le renvoi à la discipline de corps, motif pris du «peu de gravité des faits». On en conviendra: outre que les sanctions dont l'autorité *disciplinaire* dispose peuvent n'être pas toujours appropriées à la gravité réelle des infractions qui lui sont soumises, il est à craindre que l'appréciation portée par cette autorité sur les faits eux-mêmes ne soit grandement influencée par des facteurs étrangers au droit tels que le mobile désintéressé de l'inculpé, la solidarité de corps, «l'honneur du pavillon»... ¹¹.

C'est pour prévenir autant que possible ces classements sans suite abusifs et ces renvois «compréhensifs» à la discipline de corps, qu'il a été proposé dans le cadre de la réforme de la procédure pénale militaire de charger une juridiction de se prononcer formellement sur le sort réservé à chaque plainte, en l'obligeant à *motiver* de façon explicite l'éventuel non-lieu à poursuivre. On ne saurait, pensons-nous, sous-estimer l'importance d'une telle innovation.

3. L'exception du secret d'Etat

La reconnaissance par l'autorité judiciaire de sa compétence légale pour connaître de l'affaire et l'admission de sa gravité, supposée suffisante pour exclure le renvoi à la discipline de corps, ne donne pas encore l'assurance, cela va sans dire, que la preuve de l'infraction pourra être à suffisance de droit administrée devant les juges.

¹⁰ J. Verhaegen, «De la connaissance des infractions commises par les militaires», *Journ. Trib.*, Bruxelles, 1973, pp. 721 et s.

¹¹ *Idem.*, p. 722, 2^e col. Aussi, *La protection pénale contre les excès de pouvoir*, *op. cit.*, pp. 73 et s. et 432 et s.

La manifestation de la vérité dans ce type de poursuite court un risque non négligeable d'être mise en échec par le silence de l'inculpé et des personnes appelées à témoigner, s'ils décident d'invoquer le secret d'Etat couvrant, soit l'un des éléments constitutifs du fait infractionnel, soit l'un de ses indices.

Faut-il rappeler que la simple allégation du secret d'Etat par l'administration elle-même ne suffit pas à l'imposer comme tel à l'autorité judiciaire chargée de réunir les éléments de l'infraction internationale?

Dans une affaire jugée en 1972 et mettant en cause des militaires belges ayant procédé à des interrogatoires poussés de prisonniers en cours de manœuvres, le Conseil de guerre de Liège décida ainsi de rejeter la demande de huis clos formulée par un officier supérieur invité à décrire certain entraînement hautement contestable introduit dans une unité de l'armée ¹².

On ne saurait davantage douter que l'admission du secret d'Etat sur un point particulier de l'instruction ne dispense nullement les membres de l'administration de l'obligation de fournir au juge qui les réclame les éléments nécessaires à la manifestation de la vérité dans la poursuite engagée: «Le retrait de certaines pièces dont la communication serait gravement dangereuse devra se concilier avec la production d'autres éléments permettant au contrôle de la légalité de s'exercer».¹³

Quant à l'interdiction faite par la loi pénale belge de communiquer des «renseignements dont le secret intéresse la défense du territoire ou la sûreté extérieure de l'Etat» et dont pourraient arguer les personnes interrogées, il convient aussi de rappeler que l'article 119 du Code pénal qui vise cette interdiction et l'article 13 de la Loi du 14 janvier 1975 portant règlement de discipline des forces armées, ne punissent que la communication de renseignements à des personnes non qualifiées pour en prendre connaissance, ce qui ne saurait être le cas de l'autorité judiciaire chargée de rechercher et d'instruire les violations du droit international pénal, fussent-elles perpétrées à l'abri du secret d'Etat ¹⁴.

¹² J. Verhaegen, «La tentation de la torture», *Journ. Trib.*, 1975, p. 473 et s. et plus spécialement «Savoir où porter le fer. A propos de la condamnation de six para-commandos», *Journ. Trib.*, 1973, p. 140, col. 2.

¹³ Cyr Cambier, *La censure de l'excès de pouvoir par le Conseil d'Etat*, Bruxelles, 1956, n° 223.

¹⁴ On sait que le Code pénal belge ne punit la divulgation du secret professionnel que «hors le cas où les dépositaires du secret sont appelés à rendre témoignage en justice et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets...».

Là où les Conventions de Genève font de la dénonciation de leur violation une obligation (article 87 du Protocole additionnel I) et où le projet de Loi belge n° 577 punit la non-intervention de ceux qui ont connaissance d'ordres donnés en violation de ces conventions, il serait tout à fait incohérent de faire entrave à leur divulgation à l'autorité judiciaire chargée précisément de rechercher ces manquements en vue de leur répression.

Dans son rapport présenté à l'Université de Louvain en 1980 sur cette question précise, le professeur H. H. Jescheck y répondit de la façon la plus claire: «Il faut», dit-il, en substance, «choisir ici entre deux valeurs opposées, d'une part l'intérêt de l'Etat de garder secrets certains faits pour préserver sa sécurité extérieure, son système de défense nationale et sa politique étrangère et d'autre part, l'intérêt de préserver l'ordre juridique général mis en cause par les faits concernés (...). Or, on ne peut pas tout simplement soumettre l'ordre juridique — et en particulier les normes supérieures de l'ordre international public — aux intérêts politiques d'un Etat (...). Le fait de divulguer des préparatifs secrets conduisant à la violation d'obligations internationales à caractère humanitaire (comme la menace aux biens juridiques protégés en temps de conflits armés par les Conventions et les Protocoles de Genève) doit pouvoir se justifier selon les principes et aux conditions mêmes de l'état de nécessité justificatif»¹⁵.

4. Le refus de qualifier les faits au regard de la loi

Comme toute loi pénale, les règles du droit international pénal sont d'interprétation stricte: elles s'appliquent à tous les cas et uniquement aux cas rentrant dans leurs termes. L'interprétation stricte n'exclut bien entendu ni les applications *logiques* qui tirent de la règle toutes ses implications nécessaires, ni les applications *évolutives*, celles-ci couvrant spécialement le *modus operandi* difficile ou impossible à prévoir par le législateur — en raison de la technique avancée qui le caractérise — pourvu que ce *modus* rentre de façon certaine dans les termes de la définition.

Si les jugements de criminels de guerre qui suivirent la Seconde Guerre mondiale, laissèrent en trop d'occasions transparaître la

¹⁵ H.-H. Jescheck, «La protection des secrets d'Etat illégaux en République fédérale d'Allemagne», in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Bruxelles, 1982, cité, p. 376.

tentation d'interpréter *extensivement* les lois pénales, par méconnaissance notamment des causes d'exonération légalement invoquées¹⁶, c'est en revanche la tendance à l'interprétation *restrictive* qui caractérisera la qualification, ou le refus de qualifier, dès lors qu'il s'agit de délits d'Etat commis par des agents nationaux dans l'exercice de leurs fonctions¹⁷.

Plusieurs errements de ce genre, plus ou moins conscients mais conduisant indubitablement à une restriction du champ de la loi pénale, peuvent être dès à présent relevés dans la démarche des interprètes du droit international pénal.

a) Les principes généraux du droit international pénal, à commencer par le premier d'entre eux, la réserve ultime des *lois de l'humanité*, telle qu'exprimée dans la clause de Martens, avec ses corollaires directs: le principe d'immunité des non-combattants et l'interdiction fondamentale de recourir à des moyens à effets traumatiques excessifs ou indiscriminés, se verront refuser qualité de règles juridiques impératives¹⁸.

b) Les règles formulées en termes généraux ou aux contours insuffisamment délimités¹⁹ seront, en raison de leur fluidité, déclarées inaptes à fonder une qualification pénale: *Lex infinita, transgressio permissa!*

c) S'agissant de dispositions expresses et suffisamment précises, on refusera d'en tirer les implications nécessaires et logiques²⁰ et

¹⁶ «Une justice avec des dents». Cette expression d'un commissaire français du gouvernement est rappelée par J.-P. Maunoir, *La répression des crimes de guerre devant les tribunaux français et alliés*, Genève, 1956, p. 52.

¹⁷ Cf. *La Protection pénale contre les excès...*, *op. cit.*, p. 427 et références citées.

¹⁸ «La clause (de Martens) n'engage pas notre pays...», déclaration du ministre des Relations extérieures, le 9 novembre 1983 à la Chambre (C.R.A., p. 130). *Sur le caractère contraignant de la clause de Martens*, cf. la réponse de M. l'ambassadeur R. Bindschedler, chef de la délégation suisse à la Conférence diplomatique, in *Licéité en droit positif*, *op. cit.*, p. 632, note 23.

¹⁹ Formules floues dont les conventions internationales ont fourni trop d'exemples. Cf. J. Verhaegen, «Les impasses du droit international pénal», *Rev. Dr. Pén. Crim.*, 1957-1958, pp. 1 à 61, spécialement pp. 18 à 20. Dans le même sens: «On peut se demander si les juristes (qui ont composé la Commission du droit international des Nations Unies pour la formulation des principes de Nuremberg) étaient suffisamment préparés à discuter des questions de droit pénal. La formation juridique de l'internationaliste n'est pas celle du pénaliste... Le président Scelle fut lui-même amené à en faire la remarque» (*Rev. Dr. Pén. Crim.*, 1950-1951, p. 819).

²⁰ J. Verhaegen, «L'activité militaire en période de crise (conditions et limites de sa justification en droit pénal belge)», *Rev. Belge Dr. Intern.*, 1984-1985/I, p. 331.

l'on rejettera notamment l'interprétation *évolutive* de ces textes ²¹.

d) L'auteur de l'infraction se verra admis au bénéfice d'éléments de fait tels que le «mobile de service», auxquels la loi n'attribue pourtant aucune vertu exonératoire de responsabilité pénale ²². Et certains iront jusqu'à attribuer à l'obéissance hiérarchique à l'ordre criminel valeur de justification objective.

e) Les incriminations de droit interne telles que l'homicide et les lésions corporelles causées par imprudence ²³ et singulièrement les incriminations «préventives» du droit pénal interne (celles qui sans viser le crime lui-même, sanctionnent les actes générateurs ou préparatoires du crime), ne seront point prises en considération, alors que ni la compétence personnelle ni la compétence territoriale des juridictions ne s'opposeraient légalement à leur application. Ainsi en est-il du fait de donner l'ordre (même non suivi d'effets) de préparer le crime. Ou du fait de participer à un plan concerté en vue de le commettre, d'aider à son accomplissement ou de s'abstenir de toute initiative pour en prévenir la réalisation...²⁴.

f) En revanche, les interprétations et les qualifications, fussent-elles les moins fondées, émanant de l'Exécutif seront reçues docilement et sans discussion, en dépit de leur incompatibilité avec une loi précise et quelle que soit la limpidité de la situation de fait ²⁵.

²¹ «Des controverses ont surgi quant à la question de savoir si le Règlement de La Haye s'applique aux armes nucléaires» (déclaration de M. Tindemans, ministre des Relations extérieures, le 9 novembre 1983 à la Chambre). Comparer: l'avis du 8 octobre 1984 du Conseil d'Etat sur le projet de loi «portant approbation des Protocoles additionnels de Genève» et rappelant l'applicabilité à l'arme nucléaire des instruments internationaux tels que les Conventions de La Haye de 1899 et 1907 et les Conventions de Genève de 1949.

²² Un exemple typique en est rapporté dans *La protection pénale contre les excès de pouvoir*, *op. cit.*, p. 435.

²³ Sur la réunion des éléments constitutifs d'un homicide par imprudence, *cf.* Rapport de la Commission Kahane sur les responsabilités encourues à l'égard des événements de Sabra et Chatila, Stock, 1983, p. 109. Aussi, J. Verhaegen, «Le délit d'imprudence et la guerre», *Rev. Dr. Pén. Crim.*, 1959-1960, pp. 419 à 491 et «L'ordre illégal et son exécutant devant les juridictions pénales», *Journ. Trib.*, sept. 1986, pp. 449 à 454, spécialement p. 452.

²⁴ J. Verhaegen, *L'activité militaire en période de crise*, *op. cit.*, p. 336 à 339.

²⁵ J. Verhaegen, «Une interprétation inacceptable du principe de proportionnalité», *Rev. dr. pén. mil. dr. guerre*, 1982, pp. 333 et s. Caractéristique de la soumission aux qualifications des Exécutifs, l'opinion de M.-F. Furet dans sa préface aux *Actes du colloque de Montpellier* (1982) sur les armes, suivant laquelle «les notions générales (comme «frapper sans discrimination» ou produire «des effets traumatiques excessifs») ne peuvent s'interpréter qu'à travers l'accord des Etats qui décident quelles armes doivent être interdites en fonction de ces données générales».

On évoquera ici le refus en 1914-1918 de voir dans l'usage des *gaz toxiques* une violation certaine de l'interdiction générale et expresse de l'usage des *poisons* (article 23. a. du Règlement de La Haye), le refus de voir dans les *bombardements aériens* de cités non défendues une violation certaine de l'interdiction générale et expresse de *bombarder* ces sites (article 25 du même Règlement)²⁶, le refus — avant août 1949 — de voir dans la pratique des *otages* une violation certaine de l'interdiction générale et expresse d'infliger des *peines collectives* et d'attenter à la vie des individus en territoire occupé (articles 46 et 50 du même Règlement).

Dans son arrêt du 4 juillet 1949 en cause Muller, devenu le *leading case* de la répression des crimes de guerre en droit belge, la Cour de cassation de Belgique n'avait cependant pas manqué de rappeler le caractère obligatoire :

1° de toutes les implications nécessaires des dispositions expresses du droit humanitaire²⁷.

2° du principe supplétif d'*humanité* auquel se réfère la clause de Martens, encore que la fluidité de cette règle supplétive ultime de tout droit de crise doive permettre au juge d'accueillir plus largement les causes d'irresponsabilité personnelle de l'agent victime de son erreur de fait ou de droit²⁸.

5. La nécessité de sauvegarder les intérêts vitaux de la nation

Lorsqu'un magistrat belge oppose la règle *salus rei publicae suprema lex esto* à la demande d'annulation d'une décision gouvernementale en matière d'armement²⁹, lorsqu'un juge français rejette le moyen de défense tiré des obligations internationales de la France pour opposer à celles-ci «le droit naturel, imprescriptible et

²⁶ On observera que c'est pour sauvegarder l'interprétation logique et évolutive de l'article 25 du Règlement de La Haye, qu'à la demande du général Amourel, les mots «par quelque moyen que ce soit» y ont été ajoutés.

²⁷ «Attendu que le pourvoi soutient à bon droit que si la Convention de La Haye du 18 octobre 1907 et le règlement y annexé (...) 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» (*Pasicrisie*, 1949, I, p. 515).

²⁸ Encore que le recours aux repréailles sur les populations civiles n'ait pas, avant août 1949, fait l'objet d'une interdiction *explicite*, il est des ordres auxquels «désobéissance est due en raison de la violation manifeste d'un principe supérieur d'humanité» (Cass., 4 juillet 1949, *Pas.* 1949, p. 516).

²⁹ Requête citée, en cause *Pax Christi et consorts* (1986).

inaliénable, qu'a toute nation de se défendre contre l'agression»³⁰, lorsque le délégué de l'Etat français à la Conférence diplomatique de 1974-1977 justifie son rejet des dispositions relatives aux attaques sans discrimination, par le fait que ces dispositions seraient de nature à compromettre l'exercice du droit de légitime défense reconnu par l'article 51 de la Charte des Nations Unies³¹, ils oublient — ou veulent oublier — que les dispositions impératives du droit international, fruits d'un compromis préalable et minutieusement ajusté entre nécessités politiques et militaires d'une part et exigences de l'humanité d'autre part, revêtent un caractère *inconditionnel* que nulle nécessité publique ne saurait dès lors plus réduire.

Il s'agit là, très exactement, de règles «transactionnelles et rigides», représentant le minimum absolu dû à la personne humaine dans la pire des circonstances.

Ce caractère absolument indérogeable rappelé à l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, à l'article 15 (2) de la Convention européenne des droits de l'homme, à l'article 60 (5) de la Convention de Vienne relative aux droits des traités..., fut particulièrement mis en valeur par l'Arrêt du 18 janvier 1978 de la Cour européenne des droits de l'homme en cause *Irlande contre Royaume Uni* (§ 163) rappelant le quadruple caractère des interdits visés au paragraphe 2 de l'article 15 de la Convention :

- ils ne souffrent pas de restrictions,
- ils ne souffrent aucune dérogation,
- ils ne sont point subordonnés à la condition de réciprocité, c'est-à-dire à la condition de respect par l'autre partie,
- ils sont opposables même aux intérêts vitaux de la nation.

En Belgique, une Instruction A. 2 diffusée en 1975 par l'Etat-major général sembla ignorer ce caractère indérogeable et entraîna

³⁰ «Attendu que même si l'on admet la supériorité des traités internationaux sur le droit national propre à chaque pays, il existe au-dessus de ces textes une règle qui s'impose à tous; que cette règle ressort du droit naturel qu'a toute nation de se défendre contre toute agression ou toute oppression; que ce droit est imprescriptible et inaliénable car il constitue un des moyens de la protection de la liberté des individus» (jugement du *Tribunal de grande instance de Nîmes*, 17 juin 1985, en cause M.P. contre J.-L. Cahu). Dans le même sens: «Dès lors que d'autres nous menacent d'armes chimiques, nous ne pouvons pas en rester au stade des masques à gaz. La France est en retrait. *Elle ne doit rien s'interdire*», F. Mitterrand, *Le Monde*, 11 février 1986.

³¹ Cf. la réponse du *Commentaire des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1986, p. 629 à 631, n° 1923 à 1934.

une longue suite de démarches de la part notamment des facultés de droit, démarches qui devaient aboutir plusieurs années plus tard au retrait du texte litigieux. C'est en mars 1983 que le ministre de la Défense nationale reconnaissait qu'effectivement certaines valeurs fondamentales devaient prévaloir même sur l'intérêt vital de la nation et décidait la réformation du règlement A. 2 pour le rendre «mieux en harmonie avec les principes du droit humanitaire»³².

Il est intéressant de noter que le *Séminaire de droit pénal militaire et de droit de la guerre* de Bruxelles en 1980-1981 tira argument du trop fréquent oubli de ce principe dans les milieux responsables pour proposer l'insertion *expresse* dans le projet de loi n° 577 relatif à la répression des infractions graves aux Conventions de Genève, d'une disposition ainsi libellée: «Aucun intérêt, aucune nécessité d'ordre politique, militaire ou national ne peut justifier, même à titre de représailles les infractions prévues par les articles 1, 3 et 4, sans préjudice des exceptions précisées au 9, 12 et 13 de l'article 1^{er}»³³.

La même préoccupation devait amener en 1986 la *Commission gouvernementale pour la révision du code pénal* à recommander l'insertion d'un texte similaire dans le futur code pénal belge.

6. Les procès-catharsis

Là où les divers freins et autres obstacles de procédure ne paraissent guère pouvoir éviter l'intentement d'une action pénale, là notamment où l'opinion publique, sensibilisée par les médias à tel excès particulier, réclame avec insistance «la condamnation des responsables», le procès pénal devenu inévitable peut encore laisser place à quelques échappatoires³⁴.

³² Sur ce problème, cf. A. Andries, «Note sur l'illégalité de l'article 20.b du règlement de discipline militaire A.2» in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, op. cit., pp. 599 à 604. Aussi, J. Verhaegen, «L'illégalité manifeste et l'exception de la nation en péril», *Journ. Trib.*, 1973, pp. 629 à 634 et «*La répression des crimes de guerre en droit pénal belge*», cité, p. 1449.

³³ Sur le projet de loi n° 577, cf. J. Verhaegen, «Le vote du projet de loi belge n° 577: un enjeu international», *Journ. Trib.*, n° centenaire, 1982, pp. 227 et s. Le texte, adapté au Protocole I additionnel et agréé par la Croix-Rouge de Belgique, a fait l'objet d'une recommandation des Facultés de droit de toutes les universités belges (A. Andries, «Chronique de droit pénal militaire», *Rev. Dr. Pén. Crim.*, nov. 1983, p. 906-907). Son importance fut rappelée au symposium de droit humanitaire de Bruxelles, novembre 1986.

³⁴ L'échappatoire a été évoquée dans «Les impasses du droit international pénal», *Rev. Dr. Pén. Crim.*, 1957, pp. 57 et s., «Savoir où porter le fer — A propos de la condamnation de six para-commandos», *Journ. Trib.*, 1973, p. 137 à 141 et «L'ordre illégal et son exécutant devant les juridictions pénales», cité, *Journ. Trib.*, 1986, p. 454.

Si la tentation l'emporte de ne point remonter trop haut dans la genèse du crime de guerre, de ne point porter le fer là où il le serait plus judicieusement, la justice passera sans doute mais risque de ne frapper qu'un exécutant parmi cent autres, appelé le plus souvent à répondre seul de situations monstrueuses qu'il n'aurait pas voulues et auxquelles, suivant les mots de Bernanos, «il n'aurait fait que conformer son âme».

De la condamnation de ces victimes expiatoires, quelques observateurs ont pu dénoncer le caractère à la fois insuffisant, fallacieux et dérisoire. Nous avons eu l'occasion d'en traiter ailleurs³⁵.

Que si le juge, voulant rétablir l'équité et prenant largement en compte les circonstances cruciales dans lesquelles se sont trouvés placés ces accusés subalternes, refuse d'en faire des victimes expiatoires et décide le renvoi des poursuites, pareille justice paraîtra effectivement plus «juste», mais n'en laissera pas moins subsister de considérables interrogations: Osera-t-on dire que pareille décision qui «noierait» le caractère criminel et injustifiable du fait et passerait sous silence les culpabilités plus lointaines et plus réelles soit «de nature à exercer une quelconque action préventive dans la genèse du crime de guerre?»³⁶.

Conclusion

Les entraves qui freinent encore ou empêchent l'action de nos juridictions nationales dans le domaine réservé de la défense nationale et de la politique étrangère tiennent pour une part à quelques carences de nos lois de procédure (notamment en matière de saisine du juge).

Là ne se situe peut-être pas la principale insuffisance. En cette matière, écrit le professeur Stanislas Nahlik, «ce ne sont plus les règles qui manquent mais plutôt la volonté de les observer»³⁷.

Des entraves que nous venons de décrire, l'objectivité oblige en effet à constater qu'elles relèvent avant tout d'un état d'esprit, d'une

³⁵ Cf. notamment l'intéressante analyse de J.-J. Servan-Schreiber citée dans «Le délit d'imprudance et la guerre», *Rev. Dr. Pén. Crim.*, févr. 1960, p. 431. L'expression «procès-catharsis» est empruntée à P. Vidal-Naquet, «*La torture dans la République*», Paris, 1972.

³⁶ Cf. *Les impasses du droit international pénal*, cité, p. 36; *La protection pénale contre les excès de pouvoir...*, cité, avant-propos, p. 7 et conclusions, p. 458 et *L'ordre illégal et son exécutant...*, cité, p. 453.

³⁷ Stanislas Nahlik, «Précis abrégé de droit international humanitaire» *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Genève, n° 748, juillet-août 1984, p. 236.

mentalité peu formée encore et peu acquise à la reconnaissance de la primauté du droit dans le domaine politique. Peu préparée en tout cas à l'application du droit pénal aux activités d'Etat.

Telle était pourtant la leçon qu'aux yeux d'observateurs privilégiés, Karl Jaspers ou Pierre-Henri Teitgen notamment, l'humanité aurait pu retenir du jugement de Nuremberg: On y avait choisi «entre deux grandes conceptions..., celle du droit à la merci des Etats, et celle du droit au-dessus des Etats... principe fondamental qui apporte au développement, au progrès, à la consolidation du droit international une contribution telle qu'on peut dire que cet arrêt marquera à coup sûr dans l'histoire une étape décisive...»³⁸.

Jacques Verhaegen

Jacques Verhaegen, professeur de 1960 à 1971 et doyen de la Faculté de droit de l'Université Lovanium de Kinshasa, enseigne aujourd'hui le droit pénal et le droit international pénal à l'Université catholique de Louvain. Ses travaux en droit des conflits armés furent plusieurs fois primés. Pour Ch. Rousseau qui la commenta en 1970, son analyse du «droit de Nuremberg» constitua «la critique la plus vigoureuse et la plus impressionnante qui ait été présentée depuis vingt-cinq ans...». J. Verhaegen est membre de la commission pour la diffusion du droit humanitaire de la Croix-Rouge de Belgique.

³⁸ *Rev. dr. intern. sc. dipl. et pol.*, octobre 1946, p. 165 et suiv.