La défense d'ordres supérieurs existe-t-elle vraiment ?

par
GENEVIÈVE DUFOUR

La défense d'ordres supérieurs paraît être un concept relativement aisé à définir. Cependant, nous verrons que malgré son apparente simplicité, il suscite beaucoup plus de confusion chez les juristes qu'on ne pourrait le penser[1]. En fait, il s'agit d'une défense fondée sur l'obéissance aux ordres d'un gouvernement ou d'un supérieur. Certains la considèrent comme un fait justificatif, d'autres comme une circonstance atténuante, ou encore les deux[2]. En réalité, il s'agit d'un faux débat, puisque, dès lors qu'on la définit en tant que telle et qu'on procède à un examen serré de son application, force est de constater qu'à l'heure actuelle, la défense d'ordres supérieurs n'existe tout simplement plus en tant que défense autonome.

Au cours de l'histoire, plusieurs textes conventionnels ont aidé à définir les conditions de recevabilité de la défense d'ordres émanant du supérieur hiérarchique. De même, plusieurs tribunaux ont tenté de l'interpréter afin de l'appliquer aux divers cas pendants devant eux. Une tendance claire se dégage de l'analyse de cette pratique, et nous aurons l'occasion d'en faire état. En effet, bien que tôt dans l'histoire du droit international pénal contemporain cette défense ait été définie et écartée comme fait justificatif, la pratique subséquente est venue obscurcir les données. Une règle existe pourtant aujourd'hui.

GENEVIÈVE DUFOUR est chargée de cours pour le concours Jean-Pictet à l'Université du Québec à Montréal et chercheur à l'Association internationale des Avocats de la Défense. L'auteur tient à remercier le professeur William A. Schabas, Me Alexandre Morin et Julia Friedland pour leur aide et conseils.

Par ailleurs, nous constaterons à quel point, derrière ses airs de simplicité, cette défense demeure un nuage complexe. Tant les juristes que les politiciens ou les militaires tendent à confondre l'ordre supérieur avec les autres défenses de droit international pénal comme la contrainte, l'erreur de fait ou encore la nécessité militaire.

Finalement, il serait impossible d'ignorer le Statut de la Cour pénale internationale qui, lui, vient quelque peu changer la donne. Issu d'un processus consensuel, nous serons à même de constater les effets, quelques fois pervers, qu'une telle méthode peut provoquer.

L'ordre supérieur au sein d'un droit naissant

Déjà très tôt, la défense d'ordres supérieurs préoccupait les philosophes et les juristes. Hobbes privilégiait un devoir d'obéissance absolu à l'ordre d'un supérieur: « When I do, by order, an act which is wrong for the one who commands it, it is not my wrongdoing, as far as the commander is my legitimate master »[3]. Locke, quant à lui, était plutôt d'avis que l'ordre d'un supérieur qui s'avérait illégal ne devait pas être accompli, puisque l'humain devait avant tout allégeance à la loi. Hugo Grotius allait dans le même sens, considérant que la seule façon de résister à l'injustice était de ne pas accepter la défense d'ordres supérieurs si l'ordre n'était pas légitime[4]. C'est cette idée qui orienta la plupart des penseurs et qui, nous le verrons, continue de prévaloir.

Le premier accusé à tenter de justifier ses crimes par la défense d'ordres supérieurs fut Sire Peter de Hagenbach en 1474, jugé en raison du règne de terreur qu'il imposa au sein de la ville fortifiée de Breisach[5]. Ainsi, son avocat avait plaidé que Hagenbach « had no

1 « La complexité du problème a pour conséquence qu'il n'existe pas de réponse simple. », M. Aubert, « 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 », *RICR*, n° 770, 1988, p. 109.

2 A. M. Larosa, *Dictionnaire de droit international pénal*, PUF, Paris, 1998, p. 79.

3 T. Hobbes, *Elements Philosophica De Cive*, ch. 12, par. 1 et 2, cité dans C. Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Law*, 2e éd., Kluwer Law International, La Haye/Londres/Boston, 1999, p. 454.

4 *Ibid.*, p. 455.

5 R. K. Woetzel, *The Nuremberg Trials in International Law*, Stevens & Sons, Londres, 1962, pp. 19-20.

right to question the order which he was charged to carry out, and it was his duty to obey »[6]. Le Tribunal refusa sa défense, le trouva coupable et le condamna à la peine capitale. Plus tard, en 1660, le commandant de la garde responsable de l'exécution de Charles Ier, le colonel Axtell, fut jugé pour trahison et meurtre. Ce dernier invoqua la défense d'obéissance à l'ordre d'un supérieur, mais les juges refusèrent sa défense en décrétant que celui qui avait obéi à un ordre le menant à la trahison était lui-même un traître[7]: « His superior was a traitor, and all that joined him in that act were traitorous and did by that approve the treason; and where the command was traitorous, there the obedience to that command is also traitorous. »[8]

Aux États-Unis, plusieurs exemples de procès au cours desquels la défense d'ordres supérieurs a été invoquée peuvent être répertoriés. Commençons par une décision de 1804 dans laquelle le juge Marshall s'exprimait en ces termes: « The instructions cannot change the nature of the transaction, or legalize an act which, without those instruction, would have been a plain trespass. »[9]

Dans une autre affaire, un juge exprimait son avis quant à l'impossibilité de soustraire un accusé de sa responsabilité lorsque ce dernier avait exécuté un ordre de tuer un civil[10]. Durant la guerre de 1812, un soldat ayant été injurié par un passant en désaccord avec les positions de la marine, chargea à la baïonnette son interlocuteur. Accusé de meurtre, il plaida qu'ordre avait été donné de tuer tous ceux qui montreraient de l'irrespect pour le travail des militaires. Le Juge Joseph Story donna, en guise de directives au jury, l'indication que si un ordre était illégal, tant le subordonné que le supérieur devaient être trouvés coupables de meurtre[11]. En 1827, la Cour suprême des

6 G. Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals: The Law of Conflict*, vol. II, Stevens & Sons Ltd., Londres, 1968, p. 466.

7 H. McCoubrey, *International Humanitarian Law: Modern developments in the limitation of warfare*, 2e éd., Brookfield, Ashgate, 1998, p. 219.

8 84 *Eng. Rep.* 1060 (1660).

9 *Little* c. *Barrone*, 1 U.S. (2 Cranch) 465, 467 (1804).

10 *États-Unis* c. *Bright*, 24 F Cas. 1232 (C.C.D. Pa. 1909) (n° 14647).

11 *États-Unis* c. *Bevans*, 24 F Cas. 1138 (C.C.D. Mass. 1816) (n° 14589).

États-Unis rendait une décision et tentait d'expliquer la raison d'être de la défense d'ordres supérieurs dans le contexte militaire :

> «(...) [une] obéissance rapide et prompte aux ordres est indispensable pour atteindre complètement cet objectif. Le service est un service militaire, et le commandement est de nature militaire ; et dans ce cas, tout retard et tout obstacle à une exécution efficace et immédiate tend nécessairement à mettre en péril l'intérêt public. Pendant que les officiers subalternes et les soldats s'arrêtent à considérer s'ils sont tenus d'obéir ou à peser scrupuleusement les faits en vertu desquels leur commandant en chef exerce son droit d'exiger des services, l'ennemi peut réussir une opération sans qu'il ait moyen de résister. »[12]

Quoi qu'on puisse déduire de cette explication, bien d'autres décisions furent rendues aux États-Unis au XIXe siècle, et toutes semblent refuser catégoriquement la défense d'ordres supérieurs lorsque l'ordre donné impose une action – ou une inaction – qui serait illégale[13].

Suite à la Première Guerre mondiale, deux procès menés à Leipzig ont eu trait à la défense d'ordres supérieurs. Dans le premier des cas, l'affaire Llandovery Castle[14], deux lieutenants furent condamnés pour avoir exécuté un ordre manifestement illégal en torpillant un navire-hôpital anglais et en coulant les canots de sauvetage afin de s'assurer qu'aucun survivant ne pourrait témoigner de leur crime. Le juge vint à la conclusion que la défense d'ordres supérieurs était inadmissible en tant que fait justificatif, puisque les soldats auraient dû savoir que l'ordre qui émanait de leur commandant était manifestement illégal :

12 *Martin* c. *Mott*, Cour suprême des États-Unis, (1827) 12 Wheaton 28. Opinion du juge Story (traduction).

13 *Wirz Trial*, H. R. Exec. Doc. n° 23, 40e Cong. 2e Sess., 764 ; *Riggs* c. *State*, 3 Coldwell 85, 91 Am. Dec. 272 (1866) ; *Mitchell* c. *Harmony*, 13 How. 115, 137 (1851) ; *Regina* c. *Smith*, 17 S.C. 561 (Cape of Good Hope, 1900). Pour un exemple européen, voir William Buchanan, (1813) 2 *Reports of Certain Remarkable Trials* 3, 58 (*The Case of Ensign Maxwell*).

14 *Empire* c. *Dithmar and Boldt* (Hospital ship « Llandovery Castle »), (1921) 2 *ILR* 437, 16 *A.J.I.L.* 708 *German War Trial, Reports of Proceedings before the Supreme Court in Leipzig*, CMD. 1450, Londres, H.M.S.O., 1921, pp. 56-67.

> «It was perfectly clear to the accused that killing defenceless people in the life boat could be nothing else but a breach of the law. (...) They should, therefore, have refused to obey.»[15]

Notons, cependant, que le Tribunal prit en considération la défense avancée par les accusés à titre de circonstance atténuante ; de ce fait, ils furent condamnés à seulement quatre années d'emprisonnement.

La deuxième décision, nommée communément «Dover Castle»[16], pose plus de questions. Le gouvernement allemand, dans deux mémorandums, aurait donné l'ordre de couler tous les navires-hôpitaux, puisqu'il entretenait des soupçons à l'effet que de tels navires transportaient des militaires et que, par conséquent, ils pouvaient constituer des cibles militaires. La Cour accepta la défense d'ordres supérieurs. En effet, celle-ci considéra que cette défense est recevable en tout temps. Cependant, elle posa deux limites : lorsque le subordonné va au-delà de l'ordre donné ou lorsque le subordonné sait que l'ordre est contraire au droit. Et c'est ici que réside le danger de permettre la défense d'ordres supérieurs dans certains cas. Puisque les ordres étaient venus du gouvernement même, la Cour a trouvé réaliste de croire que les subordonnés avaient considéré l'ordre comme légitime.

Il s'agit, à notre avis, d'une ouverture dangereuse qui semble ignorer à quel point le mal peut prendre une forme banale en temps de conflit. Ainsi, lorsque la Cour considère, à la fin du jugement, que l'accusé aurait caché ses agissements s'il avait pensé que ces derniers n'étaient pas légaux, elle semble mettre de côté un aspect bien particulier des conflits armés, celui que la philosophe Hannah Arendt appelle la «banalisation du mal» lorsqu'elle parle de l'affaire Eichmann[17]. En effet, l'histoire nous démontre qu'il est possible pour un gouvernement de convaincre un peuple entier du bien-fondé de sa lutte et de la légitimité de celle-ci. C'est à l'aide de trois simples «mensonges» que le gouvernement de Hitler avait réussi à auto-intoxiquer, selon les dires de la

15 *Ibid*, p. 722.

16 *Empire* c. *Neumann* (Hospital ship «Dover Castle»), 16 *AJIL* 704.

17 H. Arendt, *Eichmann à Jérusalem: Rapport sur la banalité du mal*, Galimard, Paris, 1991.

philosophe, le peuple entier : 1. Cette guerre n'était pas vraiment une guerre. 2. Le destin, et non l'Allemagne, en était responsable. 3. C'était, pour les Allemands, une question de vie ou de mort : ils devaient exterminer leurs ennemis ou être exterminés eux-mêmes[18]. Le cas du génocide au Rwanda illustre bien cette idée. Quelques temps après la fin des massacres et avant que ne soit institué le Tribunal pénal international, les enquêteurs des Nations Unies ont pu constater la fierté de certains miliciens hutus d'avoir « contribué à l'élimination des Tutsis ». Pour eux, il s'agissait d'une gloire et leur « travail » avait contribué à purifier la race humaine. C'est donc dire à quel point le raisonnement du jugement « Dover Castle » présente un danger.

Dans un tout autre ordre d'idée, il est intéressant de noter que suite à la Première Guerre mondiale, la question de la défense d'ordres supérieurs divisa les grandes puissances jusqu'à empêcher l'entrée en vigueur d'un traité relatif à l'utilisation des sous-marins et des gaz nocifs. En effet, il fut ratifié par quatre des cinq États nécessaires à son entrée en vigueur, les États-Unis, le Japon, l'Italie et le Royaume-Uni, mais la France refusa de le ratifier, car son article III prévoyait le châtiment des criminels, qu'ils aient agi ou non en conformité avec l'ordre de leur supérieur[19]. De ce fait, le traité n'entra jamais en vigueur.

L'application par le droit international pénal contemporain

Heureusement, l'interprétation de la défense d'ordres supérieurs n'en est pas restée là. On peut même considérer, que mis à part quelques exceptions, cette défense fut systématiquement rejetée depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Le Statut du Tribunal militaire international, communément appelé Statut de Nuremberg, écartait d'ailleurs expressément cette défense en disposant :

18 *Ibid*, p. 90.

19 Treaty in Relation to the Use of Submarines and Noxious Gases in Warfare, 6 février 1922, 25 L.N.T.S. 202, 16 *AJIL* 57 (Supp. Official Docs., 1922).

> « Le fait que l'accusé a agi conformément aux instructions de son gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne le dégagera pas de sa responsabilité, mais pourra être considéré comme un motif de diminution de la peine, si le Tribunal décide que la justice l'exige. »[20]

Ainsi, malgré la clarté de cet article, plusieurs grands criminels de guerre tentèrent de faire accepter par la Cour, à titre de fait justificatif, qu'ils avaient agi sur ordres de leur supérieur hiérarchique, en l'occurrence Hitler. Cette tentative fut non seulement rejetée, mais plus encore, le Tribunal de Nuremberg refusa de tenir compte de cet élément comme motif de diminution de la peine : « (...) [u]ne idée fondamentale du Statut est que les obligations internationales qui s'imposent aux individus priment leur devoir d'obéissance envers l'État dont ils sont ressortissants. Celui qui a violé les lois de la guerre ne peut, pour se justifier, alléguer le mandat qu'il a reçu de l'État du moment que l'État en donnant ce mandat a outrepassé les pouvoirs que lui reconnaît le droit international. »[21]

Il importe de rappeler, à ce stade, la valeur importante qui fut attribuée aux principes énoncés par le Tribunal de Nuremberg. Le 11 décembre 1946, l'Assemblée générale des Nations Unies adoptait unanimement la résolution 95(I)[22], confirmant ainsi la valeur considérable des principes de droit international reconnus par le Statut et le Tribunal de Nuremberg. À la demande de l'Assemblée générale des Nations Unies[23], la Commission du droit international entreprit de codifier les grands principes de droit international pénal reconnus par le Statut de Nuremberg et énoncés par le Tribunal de Nuremberg. En 1950, sept grands principes étaient formulés et le quatrième était énoncé comme suit :

20 Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, RTNU, vol. 82, p. 279, art. 8. (ci-après « Statut de Nuremberg »).

21 Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre – 1er octobre 1946, Tome 1, Jugement, pp. 235, 236.

22 Rés. AG ONU 95(I) (1946). Pour le texte des principes, voir *Annuaire de la Commission du droit international 1985*, vol II (deuxième partie), pp. 8 et 12, doc. A/40/10, par. 18 et 45, ou Larosa, *op. cit.* (note 2), p. 68.

23 Rés. A.G. ONU 177 (II) (1947).

> « Le fait d'avoir agi sur l'ordre d'un gouvernement, ou celui d'un supérieur hiérarchique, ne dégage pas la responsabilité de l'auteur en droit international s'il a eu moralement la faculté de choisir. »[24]

Dès lors, on remarque que le libellé même du principe rappelle les termes que l'on emploie lorsqu'il est question de la défense de contrainte. Nous verrons ultérieurement que les deux notions sont souvent confuses pour les juristes, puisque la défense de contrainte inclut quelquefois la défense d'ordres supérieurs. C'est le cas, par exemple, lorsque la personne exécutante, c'est-à-dire, celle à qui l'ordre est donné, ne possède pas la faculté de répondre positivement ou négativement à l'ordre en question. Ainsi, le principe énoncé par la Commission du droit international porte à confusion : en effet, bien que le libellé de la disposition s'intéresse à la question de la contrainte, le titre de celui-ci parle bien de l'« ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique »[25].

Depuis le Statut et le jugement de Nuremberg, l'ordre d'un supérieur hiérarchique a été systématiquement exclu en tant que fait justificatif[26]. Ce fut le cas de la Loi du Conseil de contrôle n° 10[27] et des tribunaux qui l'ont appliquée[28]. L'affaire *Einsatzgruppen* demeure une des causes les plus connues : « The obedience of a soldier is not the obedience of an automatom. A soldier is a reasoning agent. He does not respond, and is not expected to respond, like a piece of machinery. It is a fallcy of widespread consumption that a soldier is required to do everything his superior officer order him to do. »[29]

24 *Annuaire de la Commission du droit international 1950*, vol. II, pp. 374-378.

25 Il est fort à penser que cette confusion provienne du jugement de Nuremberg même puisque les juges avaient décidé que la défense pourrait être recevable lorsque l'accusé n'a pas eu de choix moral.

26 Nous verrons que le Statut de Rome modifie quelque peu cette donnée.

27 Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié en Allemagne pour le châtiment des personnes coupables de crimes contre la paix, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, 20 décembre 1945, *Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne*, pp. 55 et ss. art. II. 4 b).

28 *États-Unis* c. *von Leeb* (« German High Command Trial »), 1949 11 T.W.C. 1 (Tribunal militaire américain) ; *États-Unis* c. *Ohlendorf et al.* (« Einsatzgruppen Trial »), (1948) 4 LRTWC. 470 (Tribunal militaire américain).

29 *États-Unis* c. *Ohlendorf et al.*, *ibid.*

Ce fut aussi le cas dans le Statut du Tribunal militaire international de Tokyo[30], la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants[31], les différentes versions du Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité[32] et, plus récemment, dans le Statut des Tribunaux pénaux internationaux pour le Rwanda[33] et pour l'ex-Yougoslavie, respectivement[34]. Les travaux préparatoires de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide démontrent bien qu'on a voulu exclure cette défense[35]. Quant aux Conventions de Genève de 1949[36], aucune disposition ne traite de la défense d'ordres supérieurs. En fait, même si les quatre experts internationaux nommés par le Comité international de la Croix-Rouge avaient soumis un projet d'article sur l'ordre supérieur[37], il semble que les délégations présentes à Genève n'aient pas estimé nécessaire d'inclure pareille disposition[38]. Comme le projet proposé ne ralliait pas toutes les délégations, il fut décidé de laisser tomber la référence à l'ordre supérieur, de peur que cela ne diminue la perspective de ratifications ultérieures[39]. Plus tard, lors de l'élaboration des Protocoles

30 Statut du Tribunal militaire international de l'Extrême-Orient, reproduit en français dans S. Glaser, *Droit international pénal conventionnel*, vol. 1, Bruylant, Bruxelles, 1970, pp. 225-230, art. 6.

31 Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants, Rés. AG ONU A/39/51 (1984), art. 2, par. 3.

32 Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire de la Commission du droit international 1954*, vol. II., pp. 149-152. Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire de la Commission du droit international*, 51e session (6 mai – 26 juillet 1996), Doc. off., Supp. n° 10 (A/51/10), pp. 48-51, art. 5.

33 Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, Conseil de sécurité, Rés. 955, 8 novembre 1994, art. 6, par. 3.

34 Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Conseil de sécurité, Doc. S/25704, 3 mai 1993, art 7, par 4.

35 W. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000 (sous-presse).

36 Convention de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne; Convention de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer; Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre; Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre.

37 J. S. Pictet (éd.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire*, tome 1, CICR, Genève, 1952, p. 402.

38 À cet effet, voir Aubert, *op. cit.* (note 1).

39 Bassiouni, *op. cit.* (note 3), p. 478.

additionnels aux Conventions de Genève, un article fut consacré, au sein du Protocole I (concernant les conflits armés internationaux), à la responsabilité des commandants pour les ordres illicites qu'ils pourraient donner[40], mais les textes demeurèrent silencieux concernant le traitement de l'ordre supérieur. En réalité, le projet du CICR concernant le Protocole I contenait un article relatif à la défense d'ordres supérieurs[41] :

> « Nul ne sera puni pour refus d'obéissance à un ordre de son gouvernement ou d'un supérieur, dont l'exécution constituerait une infraction grave aux dispositions des Conventions ou du présent Protocole.
>
> « 2. Le fait d'avoir agi sur ordre de son gouvernement ou d'un supérieur n'exonère pas un inculpé de sa responsabilité pénale s'il est établi que, dans les circonstances existantes, il devait raisonnablement se rendre compte qu'il participait à une infraction grave aux Conventions ou au présent Protocole et qu'il avait eu la possibilité de s'opposer à cet ordre. »

Cependant, plusieurs délégations s'y opposèrent en raison de différentes objections. Certains arguèrent que tel que rédigé, l'article incitait à ne pas appliquer les lois nationales[42], d'autres furent déçus que la défense ne s'applique que dans le cadre des infractions graves[43]. Il est certes clair que la disposition soulevait l'épineuse question de savoir jusqu'à quel point un subordonné peut discuter les ordres de son supérieur[44]. Par ailleurs, comme le souleva le Canada[45], certains estimèrent que l'inclusion d'un article sanctionnant la responsabilité des commandants rendait évidente l'adoption d'une disposition relative à la responsabilité individuelle. Finalement, bien qu'une

40 Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, art. 87.

41 *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, Genève, 1974-1977, vol. I, p. 25, article 77.

42 *Ibid.*, vol. VI, p. 310 (République arabe syrienne) ; p. 332 (Espagne).

43 Voir p. ex. *ibid.*, p. 309 (Royaume-Uni) ; p. 310 (Mexique) ; p. 332 (États-Unis).

44 Ce fut un des arguments amenés par, entre autres, l'Argentine, *ibid.*, p. 329.

45 *Ibid.*, p. 330.

majorité ait voté en faveur de l'article 77, la disposition ne fut pas adoptée, l'exigence d'une majorité des deux-tiers n'ayant pas été rencontrée[46]. Notons encore qu'au sein même du projet du CICR de Protocole additionnel concernant les conflits armés non internationaux (Protocole II), aucune mention n'était faite de la défense d'ordres supérieurs. En effet, l'article 9 relatif aux principes de droit pénal demeure muet quant au principe[47].

Parallèlement, le droit interne de la plupart des États adopta l'attitude inverse quant à la défense d'ordres supérieurs[48]. Ainsi, ce moyen de défense existe en tant que tel et un subordonné ne peut être déclaré coupable de crime que s'il savait que l'ordre donné était illégal ou si l'ordre lui ayant été donné par son supérieur était manifestement illégal. Cette règle se retrouve notamment dans les codes de discipline militaire de l'Allemagne, des États-Unis, de l'Italie et de la Suisse, et la notion de responsabilité conditionnelle est consacrée par la jurisprudence des tribunaux internes en matière de crime de guerre[49]. Seule une poignée d'États interdisent en droit interne le recours à la défense d'ordres supérieurs[50]. D'autres États ont une double approche : ils permettent la défense d'ordres supérieurs lorsqu'un de leurs nationaux est accusé, mais ne la permettent pas lorsque l'accusé combattait auprès de l'ennemi ou invoque la loi d'un pays étranger. C'est le cas notamment de la France[51] et de la Belgique[52].

46 *Ibid.*, p. 310. Il y eut 36 voix pour, 25 contre et 25 abstentions.

47 *Actes, loc. cit.* (note 41), vol. I, p. 36.

48 L. C. Green, *Superior orders in national and international law*, Sijthoff, Leyden, 1976. L'auteur examine la situation de 26 pays représentatifs de la communauté internationale.

49 P. Gaeta, «The defense of superior order: The Statute of the International Criminal Court versus customary international law», *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, p. 177.

50 Argentine, Autriche, Iran, Roumanie et Royaume-Uni. Pour un survol de la question, voir *Revue de droit pénal militaire*, vol. 10, 1971, p. 87; D. J. Hancock, «A South African approch to the defense of superior orders in international criminal law», *Responsa Meridiana*, vol. 2, 1972, p. 188, et *Collection of the National Reports related to the First Part of the Questionnaire on Investigation and Prosecution of Violations of the Laws of Armed Conflicts*, XIVth International Congress of the International Society for Military Law and the Laws of War (Athens, 10-15 May 1997).

51 Ordonnance du 28 août 1944 relative aux crimes de guerre ennemis, *Journal officiel de la République française*, 30 août 1944, p. 780.

52 Compétence des juridictions militaires en matière de crime de guerre, *Moniteur belge*, 26 et 27 juillet 1947, p. 6304, art. 3.

La pratique jurisprudentielle récente

À la lumière de ces textes, nous serions tentés de croire que la défense d'ordres supérieurs n'est plus invoquée par les accusés. Or, la réalité nous démontre, au contraire, que cette défense en est une des plus populaires. En effet, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, plusieurs jugements ont été rendus concernant la défense d'ordres supérieurs.

L'affaire Eichmann est assurément une des décisions les plus connues dans le domaine de la poursuite des criminels de guerre. Jugé par la Cour du District de Jérusalem en 1961, Adolf Eichmann fut accusé d'avoir participé à l'exécution de millions de juifs sous le régime nazi. Durant tout son procès, une des défenses souvent invoquée par l'accusé fut celle de l'ordre supérieur. Cependant, à la lumière de la preuve présentée, la Cour déclara : « We reject absolutely the accused's version that he was nothing more than a « small cog » in the extermination machine. »[53]

Plus récemment, Klaus Barbie fut traduit devant la justice française pour les crimes qu'il avait, lui aussi, commis durant la Seconde Guerre mondiale. Accusé de crime contre l'humanité et afin que sa peine soit diminuée, l'accusé invoqua l'article 8 du Statut de Nuremberg. Cependant, nous l'avons vu, les juges du Tribunal de Nuremberg n'acceptèrent pas de diminuer la peine des accusés sous prétexte qu'ils avaient agi en conformité avec l'ordre d'un supérieur hiérarchique ; de plus, le Tribunal a exigé une présence de contrainte morale d'agir pour que la peine soit diminuée. Il faut donc conclure à une mauvaise interprétation de la part des avocats de Barbie quant à l'article 8 du Statut du Tribunal de Nuremberg. Évidemment, la défense invoquée par Barbie fut rejetée et il fut condamné à l'emprisonnement à vie[54]. La Cour de cassation confirma la décision[55].

53 *A.G. Israël* c. *Eichmann*, *ILR*, vol. 36, 1968, p. 18.

54 *Barbie*, décision du 8 juillet 1983, *J.D.I.*, 1983, p. 791.

55 *Barbie*, Cour de cassation, décision du 6 octobre 1983, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 88, 1984, p. 507.

Aux États-Unis, deux affaires relatives aux atrocités commises par les soldats américains lors de la guerre du Viêt Nam ont rejeté la défense d'ordres supérieurs[56].

Au Canada, bien que la jurisprudence soit extrêmement mince en matière de criminels de guerre, certaines décisions ont traité de la défense d'ordres supérieurs. Une des causes canadiennes bien connue est celle concernant les faits survenus sur une base militaire canadienne en Somalie en 1993. Des militaires canadiens faisant partie de la mission de paix « Délivrance » furent accusés de complicité à la torture et de négligence dans l'accomplissement d'une mission ou d'une tâche militaire. Un des accusés, le soldat Brocklebank invoqua la défense d'ordres supérieurs. La Cour jugea que celle-ci n'était pas recevable en l'espèce, puisque si Brocklebank avait effectivement reçu de son supérieur la consigne qu'il était permis de battre les prisonniers, cet ordre était manifestement illégal[57].

Mais la plus célèbre des décisions demeure *R.* c. *Finta*[58] de la Cour suprême canadienne. Bien tristement, elle semble critiquable à plusieurs égards. D'abord, le juge Cory, au nom de la majorité, est parti du principe selon lequel l'organisation militaire est destinée à protéger l'intégrité physique d'une nation, ses frontières et ses citoyens. La seule façon efficace de fonctionner pour une organisation militaire est donc l'obéissance immédiate de chaque militaire aux ordres de son supérieur[59]. Toutefois, le juge Cory a admis qu'au cours de l'histoire, on a reconnu que ce moyen de défense ne pouvait être invoqué lorsque les crimes commis en se conformant aux ordres étaient si atroces qu'ils excédaient les limites du comportement militaire acceptable et choquaient la conscience de la société. « On peut et l'on doit obéir aux ordres militaires à moins que ceux-ci soient

56 *États- Unis* c. *Schultz*, 39 M.R. 133, 136 (1966, Cour martiale); *États-Unis* c. *First Lieutenant William L. Calley, Jr.* (1971), 46 C.M.R. 1131 (1973), aff'd 22 U.S.C M.A. 534, 48 C.M.R. 19 (1973). Pour plus de détails, voir Bassiouni, *op. cit.* (note 3), p. 476.

57 *The Queen* c. *Private D.J. Brocklebank* – CMAC.383, Cour d'appel de la Cour martiale du Canada, jugement rendu par les juges Décary et Strayer, 2 avril 1996, pp. 12-13.

58 *R.* c. *Finta* (1994), 1 R.C.S. 701.

59 *Ibid*, p. 827.

manifestement illégaux. Quand l'ordre d'un supérieur est-il manifestement illégal ? Il doit être de nature à offenser la conscience de toute personne raisonnable et sensée. Il doit être clairement et manifestement répréhensible. L'ordre ne peut se situer dans une zone grise ou être seulement douteux ; il doit au contraire être manifestement et clairement répréhensible. »[60]

C'est donc dire que la majorité des juges de la Cour suprême étaient d'avis, en 1994, que la défense d'ordres supérieurs constituait, dans certaines circonstances, un moyen de défense acceptable. Dans le cas particulier de *Finta*, les juges de la Cour suprême semblent avoir accepté la défense d'ordres supérieurs[61]. Faut-il en déduire que l'ordre d'entasser systématiquement et de façon générale tous les juifs d'une région, en l'occurrence des civils, dans des conditions inhumaines à l'intérieur de wagons insalubres après les avoir dépouillés de leurs biens pour les diriger vers des camps de concentration, ne constitue pas aux yeux de la Cour suprême du Canada, un ordre manifestement illégal et répréhensible ? De même, le recours au principe du bon fonctionnement de l'armée et de la nécessité militaire a pu trouver son compte au XIXe siècle[62], mais semble tout à fait à l'opposé du droit existant depuis le milieu du XXe siècle. Voici d'ailleurs l'avis d'un auteur concernant l'opinion de la Cour suprême quant à l'arrêt Finta : « The futility of the exercice was glaringly apparent in the *R.* v. *Finta case* (1994), where the trial left convoluted issues of intent to commit war crimes and obedience to superior orders to a jury to interpret. After the accuse's acquittal, the Supreme Court of Canada upheld this approach, which, for all practical purpose, made it impossible to prosecute war crimes in Canada. »[63]

60 *Ibid.*

61 *Ibid.*, pp. 833-834. En fait, la décision présente de nombreux principes de droit, mais il demeure impossible de déterminer pour quelles raisons spécifiques ou en vertu de quelle défense Finta a été déclaré non-coupable.

62 *Martin* c. *Mott*, Cour suprême des États-Unis, (1927) 12 Wheaton 28.

63 P. Brode, *Casual Slaughters and the Accidental Judgements, Canadian War Crimes Prosecutions 1944-1948*, Osgoode Society for Canadian Legal History, Toronto, 1997, p. 227.

Ordres supérieurs et contrainte : une confusion bien entretenue

Comme il a été mentionné précédemment, les juristes confondent régulièrement la défense d'ordres supérieurs avec d'autres défenses du droit international pénal. Cependant, on peut affirmer que la défense avec laquelle l'ordre supérieur est le plus souvent confondu est celle de la contrainte. Pourtant, une différence existe bel et bien entre les deux défenses, dans la présence ou l'absence de choix moral. Prenons l'exemple d'un militaire qui reçoit l'ordre de faire exploser une bombe située dans un hôpital. Moralement, il n'est pas contraint d'exécuter l'ordre et peut toujours décider de le respecter ou non. Nous sommes dans un cas de figure différent du moment où le militaire en question exécute l'ordre pour éviter de s'exposer à un risque direct pour sa vie ou à des conséquences graves. Il s'agira dès lors d'un cas de contrainte et non d'une situation où un militaire a simplement réagi à l'ordre de son supérieur. Dans le premier cas, le militaire avait l'intention de commettre le crime, dans le deuxième cas, la *mens rea* n'existait pas nécessairement.

Nous serions tentés de croire que la défense de contrainte soit de nature à disculper le militaire. Pourtant, il n'en est rien et, qui plus est, de là découle toute la confusion qu'entretiennent les juristes entre l'ordre supérieur et la contrainte. Plus précisément, on constate que la pratique beaucoup plus que l'exercice de normativité exige une contrainte pour justifier une défense d'ordres supérieurs. Selon la Commission de droit international, l'absence de choix moral est susceptible de permettre une diminution de la peine, lorsqu'un individu invoque la défense d'ordres supérieurs. C'est donc dire que la défense d'ordres supérieurs non accompagnée d'une situation de contrainte n'entraînera pas automatiquement une sanction moins lourde :

> « Cependant, la simple existence d'ordres d'un supérieur hiérarchique ne se traduira pas automatiquement par l'imposition d'une sanction moins lourde. Le subordonné n'est passible d'une sanction moins lourde que dans le cas où l'ordre du supérieur hiérarchique réduit effectivement le degré de culpabilité. (...) Le fait qu'il ait commis le crime contre son gré afin d'éviter que l'inexécution de l'ordre reçu n'entraîne, dans les circonstances

du moment, de graves conséquences pour lui-même ou ses proches pourra justifier, pour tenir compte du moindre degré de culpabilité, une réduction de la sanction qui autrement serait imposée. »[64]

L'existence de la confusion entre les deux défenses est dès lors évidente. À l'occasion même de débats concernant la défense d'ordres supérieurs, les juristes exigent une contrainte morale sur l'accusé pour lui permettre de bénéficier d'une diminution de peine. Le Tribunal de Nuremberg exigea, lui aussi, qu'il y ait eu absence de choix moral pour que la défense d'ordres supérieurs soit admise[65]. Rappelons ici le commentaire fait précédemment à propos du quatrième principe énoncé par la Commission du droit international : l'ordre supérieur demeure inadmissible, à moins que l'auteur du crime n'ait pas eu la faculté morale de choisir d'exécuter l'ordre. En 1948, le tribunal américain institué en vertu de la Loi du Conseil de contrôle n° 10 suivait la vague et, par conséquent, contribuait à entretenir la confusion entre la défense d'ordres supérieurs et la défense de contrainte : « But were any of the defendants coerced into killing Jews under the threats of being killed themselves if they failed in their homicidal mission ? The test to be applied is whether the subordinate acted under coercion or whether he himself approved of the principle involved in the order. »[66]

Plus récemment, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a rendu un jugement dans lequel les juges confirmaient l'optique adoptée par le Tribunal de Nuremberg et la Commission du droit international : l'affaire Erdemovic[67]. Le Tribunal releva l'exigence d'une présence de contrainte ou d'état de nécessité pour appuyer une défense d'ordres supérieurs[68]. Toutefois, le Tribunal a

64 *Op. cit.* (note 32), p. 50.

65 Tribunal de Nuremberg, *op. cit.* (note 21), p. 466. Voir aussi Schabas, *supra* note 35.

66 *États-Unis* c. *Ohlendorf et al.* (« Einsatzgruppen Trial »), (1948) 4 LRTWC. 470 (Tribunal militaire américain).

67 TPIY, *Le procureur* c. *Erdemovic* (IT-96-22-T), Jugement portant condamnation, 29 novembre 1996.

68 *Ibid.*, par. 19.

jugé nécessaire de spécifier que l'ordre en question devait avoir été de nature à influencer le degré de *mens rea:* « Si l'ordre n'a eu aucune influence sur le comportement illégal, puisque l'accusé était déjà disposé à l'exécuter, il n'y a pas alors de circonstance atténuante à ce titre. »[69]

Dès lors, il semble incontournable de conclure à l'inexistence pure et simple de la défense d'ordres supérieurs à titre indépendant, aussi bien en tant que fait justificatif qu'en tant que circonstance atténuante, puisque, à chaque fois, la pratique a démontré qu'il était nécessaire que la défense d'ordres supérieurs soit accompagnée d'une défense de contrainte. La défense d'ordres supérieurs n'existe tout simplement pas en tant que défense. Elle sert simplement à appuyer une autre défense comme celle de la contrainte.

Le droit « nouveau »

En juillet 1998, le Statut de la Cour pénale internationale a été adopté[70]. L'article 33 s'intitule « ordre hiérarchique et ordre de la loi ». Bien que cette disposition ait été acceptée de façon consensuelle par la société internationale, elle demeure critiquable à plusieurs égards. D'abord, parce que ses rédacteurs n'ont pas cru bon de suivre la règle solidement établie – autant par les traités que par la coutume internationale – selon laquelle la défense d'ordres supérieurs ne peut *à elle seule* servir de fait justificatif pour exonérer une personne reconnue coupable, mais surtout parce que le libellé même de la disposition est flou, imprécis et pourrait produire des résultats insensés[71]. Voyons la disposition en question :

> *Article 33*
>
> 1. Le fait qu'un crime relevant de la compétence de la Cour a été commis sur l'ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur

69 *Ibid.*, par. 53.

70 Statut de la Cour pénale internationale, Doc. ONU A/CONF.183/9.

71 Pour une opinion contraire, voir C. Garraway, « Superior order and the International Criminal Court : Justice delivered or justice denied », *RICR*, vol. 836, décembre 1999, p. 785.

hiérarchique, militaire ou civil, n'exonère pas la personne qui l'a commis de sa responsabilité pénale, à moins que :
a) cette personne n'ait eu l'obligation légale d'obéir aux ordres du gouvernement ou du supérieur hiérarchique ;
b) cette personne n'ait su que l'ordre était illégal ; et
c) l'ordre n'ait pas été manifestement illégal.
2. Aux fins du présent article, l'ordre de commettre un génocide ou un crime contre l'humanité est manifestement illégal.

Avant d'étudier chacun des paragraphes individuellement, il demeure intéressant de noter que les versions antérieures du Statut de Rome différaient de la version que nous connaissons. Elles étaient beaucoup moins détaillées et se contentaient d'indiquer que la défense d'ordres supérieurs n'était recevable que lorsque l'ordre donné n'était pas manifestement illégal[72]. En fait, c'est sur la base des propositions de la France et du Canada que la version que nous connaissons fut adoptée[73], mais seulement suite à de longs débats et après une réunion informelle dirigée par les délégations américaine et canadienne[74]. L'article 33 constitue donc un réel compromis entre deux thèses vigoureusement

72 Le projet de Statut de la Commission du droit international ne contenait aucune disposition concernant la défense d'ordres supérieurs, car l'emphase était alors mise sur les questions d'application du Statut et de la compétence de la Cour. Le Comité *ad hoc* de 1995 ne traita pas de cette question, sauf pour la mentionner au sein de la liste des excuses possibles pouvant faire partie du Statut. Voir Rapport du Comité *ad hoc* sur l'établissement d'une Cour pénale internationale, N.U., GAOR, 50e session, Supp. n° 22, doc. ONU A/50/22, Annexe II, p. 58. Cette question fut débattue ardemment devant le Comité préparatoire sur l'établissement d'une Cour pénale internationale. Voir doc. ONU, GAOR, 50e session, Supp. n° 22, A/50/22 (1996), vol. II, art. Q, et doc. ONU A/AC.249/1997/L.9/Rev.1 (1997), art. M. Le projet final de Statut présenté à la Conférence de Rome indiquait finalement que la défense d'ordres supérieurs ne pouvait libérer une personne de sa responsabilité criminelle, sauf si l'ordre donné n'était pas manifestement illégal, doc. ONU A/CONF/183/2/Add.1.

73 PrepCom Report, vol. II, propositions 1 et 2, article O, pp. 102 et 103.

74 Pour plus de détails concernant les négociations, voir P. Saland, «International criminal law principles», R. S. Lee (éd.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute Issues, Negociations, Results*, Kluwer Law International, La Haye/Londres/Boston, 1999, p. 210.

défendues. La délégation américaine, et plus particulièrement le Professeur Theodor Meron, tenta de convaincre les autres délégations de l'existence de la défense d'ordres supérieurs. À l'opposé, le Royaume-Uni, l'Allemagne et la Nouvelle-Zélande affirmèrent que la défense en tant que telle n'existait pas mais pouvait servir pour appuyer une défense de contrainte, d'erreur de fait ou de droit[75]. Cette dernière façon de concevoir l'ordre supérieur, comme nous l'avons démontré précédemment, s'apparente davantage à la réalité actuelle. Mais, comme nous le savons, le Statut de Rome fut adopté par consensus et cet exercice obligeait le compromis... Les États-Unis ne voulaient absolument pas que leurs soldats engagés dans des combats puissent voir leur responsabilité criminelle engagée par l'obéissance à un ordre auquel ils auraient systématiquement obéi dans le feu de l'action.

Cette préoccupation était moindre par rapport au génocide et au crime contre l'humanité, puisque ces crimes supposent une préparation active impliquant les hautes autorités et ne sont pas susceptibles d'être la conséquence d'une simple erreur de jugement. C'est ainsi que l'on a explicitement prévu pour la première fois que l'ordre de commettre un génocide et un crime contre l'humanité constitue un ordre manifestement illégal. Ce second alinéa est certainement un ajout positif à l'article 33 du Statut. Il est toutefois susceptible de poser des problèmes d'application, car la personne impliquée dans un génocide ou un crime contre l'humanité ne reçoit souvent pas spécifiquement l'ordre de commettre un tel crime, mais plutôt l'ordre d'exécuter un acte précis qui, en lui-même, ne rassemble pas les éléments de ces infractions.

De nombreux commentateurs affirment que le second alinéa de l'article 33 fait en sorte que les personnes accusées de crime contre l'humanité ou de génocide seront automatiquement privées de ce moyen de défense[76]. Or, ce n'est pas ce qu'indique cette disposition.

75 Kai Ambos, « General principles of criminal law in the Rome Statute », *Criminal Law Forum*, vol. 10, 1999, p. 30.

76 Voir notamment O. Triffterer, « Superior orders and prescription of law », O. Triffterer (éd.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer's notes, Article by Article*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, p. 581; P. Gaeta, *op. cit.* (note 49), pp. 189-190.

C'est le contenu de l'ordre qui entraîne l'irrecevabilité du moyen de défense et non la nature de l'accusation. Ainsi, de nombreuses personnes ayant participé à la commission d'un crime contre l'humanité ou de génocide pourront encore invoquer la défense d'ordres supérieurs, malgré l'alinéa 2 de l'article 33. Par exemple, dans le cadre d'un génocide, un accusé qui, après en avoir reçu l'ordre, a empêché des gens de sortir d'un endroit, en attendant que quelqu'un d'autre y mette le feu, n'aurait pas reçu l'ordre de commettre un génocide et pourrait, en principe, invoquer la défense d'ordres supérieurs même s'il a participé à la commission d'un génocide.

Pour en revenir plus précisément au premier alinéa de l'article 33, nous noterons que tel qu'il est rédigé, il aurait pu justifier de nombreux actes commis sous le régime nazi. C'est d'ailleurs le genre d'argument qui avait été avancé lors du procès fait à des juges allemands. Ceux-ci alléguaient avoir agi en conformité avec la loi de leur pays. Or, le Tribunal n'avait pas admis cet argument : « The argument that such common planning cannot exist where there is complete dictatorship is unsound. A plan in the execution of which a number of persons participate is still a plan, even though conceived by only one of them ; and those who execute the plan do not avoid responsibility by showing that they acted under the direction of the man who conceived it. »[77]

D'ailleurs, un exemple qui illustre bien le cas est celui d'anciens gardes est-allemands postés à la frontière séparant la République démocratique allemande de la République fédérale d'Allemagne. Ces derniers, avant que ne tombe le mur de Berlin, devaient se conformer à une directive selon laquelle toute personne tentant de traverser la frontière devait être tuée. En novembre 1992, un certain nombre de gardes furent jugés ; les accusés présentèrent tous une défense d'ordres supérieurs. La Cour suprême de l'Allemagne

77 Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, octobre 1946 – avril 1949, tome 3, p. 1199 (opinion séparée du Juge Mallory B. Blair). Notons que le juge Blair se réfère ici aux propos du jugement du Tribunal de Nuremberg, tome 1, p. 226.

refusa la défense au motif que tout ce qui était légal n'était pas nécessairement acceptable[78]. Si les juges avaient eu à appliquer l'article 33 du Statut de Rome, en seraient-il venus à la même conclusion?

Selon le professeur Cherif Bassiouni, l'article 33 du Statut de Rome présente particulièrement deux problèmes[79]. Selon lui, au niveau de la procédure et d'un point de vue de la présentation de la preuve, il existe un problème de dualité en ce sens que, selon le deuxième alinéa, chiffre 1 b), la preuve doit être faite que l'accusé ne savait pas que l'ordre était manifestement illégal puisque, nous le savons, la violence demeure subjectivement appréciable pour chaque individu, tandis que le troisième alinéa, chiffre 1 c) impose un examen objectif, à savoir la légalité de l'acte en question. De même, où doit-on placer le fardeau de preuve? La défense invoquant l'ignorance ou encore l'absence de *mens rea*, la poursuite devra alors prouver que l'accusé savait l'ordre illégal, puisqu'une telle preuve demeure un des éléments du crime. De l'avis de Bassiouni, ceci augmente considérablement le fardeau de la poursuite. Dans un deuxième temps, ce problème s'applique aussi au second alinéa de l'article 33. En effet, faudra-t-il que la poursuite prouve d'abord qu'il y a eu ordre de commettre un génocide ou un crime contre l'humanité et qu'ensuite, la défense le réfute? S'agira-t-il d'une question purement juridique ou alors d'une question mixte de droit et de faits?

D'autres auteurs ne partagent pas ce point de vue et indiquent que l'article 33 est rédigé de telle sorte que c'est systématiquement l'accusé qui aura le fardeau de démontrer que ce moyen de défense est recevable[80]. Selon eux, la défense d'ordres supérieurs est d'abord déclarée irrecevable et l'accusé doit démontrer que son cas est couvert par l'exception, notamment que l'ordre donné n'était pas manifestement illégal.

78 Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, vol. 39, p. 16.

79 Bassiouni, *op. cit.* (note 3), p. 481

80 Triffterer, *op. cit.* (note 76), p. 581. Cet auteur indique toutefois, à la p. 586, que la connaissance du caractère illégal de l'acte doit être démontrée et qu'en cas de doute, l'accusé est présumé ne pas avoir connu l'illégalité de l'acte. Voir également Gaeta, *op. cit.* (note 49), p. 190.

Il est dès lors clairement clair que l'article 33 est destiné à passer par une étape d'interprétation, tant au niveau des critères subjectifs qu'en ce qui concerne la procédure et le mode de preuve à adopter. Il s'agit d'un article difficile à interpréter, surtout lorsqu'on le confronte aux autres articles du Statut[81]. Les juges de la future Cour pénale internationale auront un travail de taille à accomplir s'ils veulent essayer de concilier le droit existant avec le libellé de l'article 33 puisque, comme nous l'avons vu, en plus d'être beaucoup plus complexe que d'autres dispositions du Statut des tribunaux pénaux internationaux ou encore du Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, le Statut de Rome a créé du droit nouveau. De plus, les juges hésiteront certainement à interpréter restrictivement une disposition accordant potentiellement un moyen de défense à une personne accusée d'un crime hautement stigmatisé. Considérant qu'il faudra donner un effet utile à l'article 33 et que les rédacteurs du Statut ne peuvent avoir parlé pour ne rien dire, la défense d'ordres supérieurs viendra tôt ou tard à être largement acceptée. Il aurait été bénéfique que l'article se contente de reprendre la définition habituelle ou, à tout le moins, qu'il soit davantage précis. Mais, tout ce mystère réside probablement, comme le pense Per Saland, dans le fait qu'après les débats interminables concernant la légitime défense, les délégations n'avaient pas l'énergie de reprendre un sujet aussi chaud que celui de l'ordre supérieur[82].

Remarques finales

Le refus constant de codifier la défense d'ordres supérieurs et d'en définir les paramètres d'application perdure. Certes, quelques règles ont été élaborées pour circonscrire l'utilisation de la défense, mais plusieurs questions demeurent et chaque cas en est un d'espèce. En effet, doivent être précisés plusieurs aspects de la défense tels que la question de savoir jusqu'où un subordonné peut refuser d'exécuter

81 Voir, entre autres, l'article 67 qui ne permet pas de renversement du fardeau de la preuve.

82 Saland, *op. cit.* (note 74), p. 212.

l'ordre[83], ou encore ce qui peut constituer un ordre manifestement illégal. Ceci peut sembler aisé, mais il importe de ne pas oublier qu'il s'agit, entre autres, de critères subjectifs, d'une appréciation personnelle propre à chaque individu, influencé par ses principes moraux, ses convictions religieuses, son passé et son histoire propres. Le critère du bon père de famille n'est pas le même pour tous.

Lauterpacht disait, en 1944, que la défense d'ordres supérieurs constituait une des défenses les plus complexes, tant au niveau du droit interne que du droit international. Il avait tout à fait raison. La preuve en est que plus de cinquante-cinq ans plus tard, non seulement aucune définition coutumière n'existe, mais encore, les juristes sont plus confus que jamais. Depuis les procès de Nuremberg, au lieu de suivre une règle bien établie, le monde juridique a tenté de rétablir une défense qui avait pourtant été expressément écartée. Et, qui plus est, lorsqu'on examine de près, tant la jurisprudence, la doctrine que les textes internationaux, force est de constater que la défense d'ordres supérieurs est en réalité toujours assimilée à une défense de contrainte, de nécessité militaire, d'erreur de droit ou encore d'erreur de fait. Comme le résume si bien Cheriff Bassiouni, qu'on conçoive la défense d'ordres supérieurs comme moyen d'exonération ou comme motif de diminution de la peine, preuve doit être faite de l'absence de choix moral d'exécuter ou non l'ordre donné[84].

Cette constatation nous amène à penser que la défense d'ordres supérieurs, bien qu'elle provoque encore de vives discussions

83 Les juges de la Cour fédérale du Canada ont jugé que la peur de subir une peine d'emprisonnement de vingt ans ne justifiait pas une obéissance à l'ordre d'un supérieur lorsque l'ordre consistait à tuer des personnes civiles. *Ivan Cibaric* c. *Le ministre de la citoyenneté et de l'immigration*, Cour Fédérale, IMM-1078-95, décision du 18 décembre 1995, rendue par le juge Marc Noël, p. 14. Dans une autre décision canadienne, les juges ont accepté la défense d'ordres supérieurs, puisque l'individu en question avait subi des sévices corporels, comme des chocs électriques, et avait été privé d'eau et de nourriture pendant plusieurs jours. Cependant, notons que les juges ont aussi pris en considération que le militaire a déserté à la première occasion. Nous sommes donc, une fois de plus, dans le cas de figure d'une défense d'ordres supérieurs où l'individu a subi une contrainte importante : V.(C.I.) (Re) (1991) D.S.S.R. n. 461, décision rendue par les juges F. Mortazavi et G.T. Lang le 18 octobre 1991, pp. 11, 12.

84 Bassiouni, *op. cit.* (note 3), p. 458.

dans les milieux juridiques et militaires, n'existe plus de façon indépendante. Certes, elle demeure encore fréquemment plaidée. Mais les juges exigent qu'une autre défense vienne l'appuyer. Dès lors, elle sert davantage comme un fait, comme un élément de preuve afin d'établir l'existence, par exemple, d'une situation de contrainte morale. Demeure cependant l'exception du nouveau Statut de Rome, qui semble donner une existence autonome à la défense d'ordres supérieurs. Il reste cependant à voir dans quelle mesure et à quelles conditions les juges de la future Cour pénale accepteront la défense telle qu'elle est prévue à l'article 33 du Statut. Peut-être est-ce enfin l'occasion d'un encadrement clair et précis d'une défense dont l'utilisation et l'interprétation demeurent inconstantes.

●

Abstract

The defence of superior orders: does it still exist?

by GENEVIÈVE DUFOUR

The defence of superior orders would appear to be a relatively easy concept to define. Despite its apparent simplicity, however, it causes more confusion among legal experts than one would think. In fact, this defence is based on obedience to the orders of a government or a superior, whether military or civilian. Some people consider it as a justification, others as a mitigating circumstance, others yet as both. In the opinion of the author the debate is purely theoretical, however, since in practice the defence of superior orders is no longer used on its own.