

Le refus d'obéissance aux ordres manifestement criminels

Pour une procédure accessible aux subordonnés

par

JACQUES VERHAEGEN

Une leçon capitale du procès de Nuremberg

C'est une remarque de l'accusé Speer au procès de Nuremberg (que le juge Jackson a reprise à son compte) qui semble avoir cerné le plus exactement, et dans toute son ampleur, la portée de la question de l'obéissance aux ordres criminels. Elle constituera l'une des leçons capitales de ce procès: «Ce fut alors que l'on vit la signification du principe d'après lequel tout ordre devait être exécuté sans discussion. Les dangers contenus dans ce système étaient devenus évidents, indépendamment des principes d'Hitler lui-même.»

«...Indépendamment des principes d'Hitler lui-même»!

Le 4 décembre 1945, Sir Hartley Shawcross, représentant l'accusation pour le Royaume-Uni, en développait l'idée: «Le loyalisme politique, l'obéissance militaire sont des choses excellentes, mais elles n'exigent ni ne justifient la perpétration d'actes manifestement injustifiables. Il arrive un moment où un être humain doit refuser d'obéir à son chef, s'il doit aussi obéir à sa conscience. Même le simple soldat qui sert dans les rangs de l'armée de son pays n'est pas tenu d'obéir à des ordres illégaux.»

JACQUES VERHAEGEN est professeur émérite à l'Université de Louvain.

Le principe sera reconnu à Nuremberg, suivant le libellé que nous connaissons : « Le fait d'avoir agi sur l'ordre de son gouvernement ou celui d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas la responsabilité de (l'agent) s'il a eu moralement la faculté de choisir. »

Brûlante assurément, pour l'exécutant comme pour l'institution militaire elle-même, la *facultas resistendi* se fonde donc sur la constatation que son contraire – le principe de l'obéissance passive – est apparu, ainsi que Speer l'a rappelé, comme l'un des plus grands pourvoyeurs de crimes de guerre. La réalisation du crime n'est en effet rendue possible et ne peut atteindre une aussi grande échelle que grâce à la coopération des agents d'exécution et à leur stricte soumission à l'autorité. Sans eux, le décideur n'est rien, à telle enseigne que la réalisation du crime trouvera son premier rempart efficace dans la faculté individuelle de s'opposer à l'ordre. Obstacle infiniment plus efficace que l'interdit édicté abstraitement par la loi ou la perspective, très aléatoire pour l'exécutant, d'avoir à comparaître un jour devant un tribunal.

Si le devoir de désobéissance figure désormais dans l'énoncé officiel des principes de Nuremberg et se trouve inscrit aujourd'hui dans beaucoup de manuels militaires, ce serait cependant trop dire qu'il est accepté sans réticence. Dans certains milieux, l'obéissance passive et sans réplique aux ordres du supérieur continue à représenter la condition fondamentale, *sine qua non*, de la discipline et donc de l'action militaire efficace.

On se rappellera la déclaration quelque peu provocante du maréchal Montgomery s'adressant à l'armée britannique en 1946, alors même que se déroulait le procès de Nuremberg : « Si l'essence de la démocratie est la liberté, celle de l'armée est la discipline. Le soldat n'a rien à dire, quelque intelligent qu'il soit (...). Il est du devoir du soldat d'obéir, sans poser de questions, à tous les ordres que lui donne l'armée, c'est-à-dire la Nation. » ¹

Tel étant le préjugé encore solidement ancré dans certains milieux militaires, il pourrait paraître étonnant que la France du

¹ Cité par la Défense à l'audience du 27 août 1946, *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire internatio-*

nal de Nuremberg, Nuremberg, 1949, *Office of chief of counsel*, t. XXII, p. 97.

général De Gaulle se soit dotée, en octobre 1966, d'un Règlement de discipline générale dans les Forces armées consacrant expressément le droit et le devoir, pour les subordonnés, de refuser obéissance à certains ordres. Mais il suffit de se rapporter à l'exposé des motifs dudit règlement pour comprendre les raisons empiriques et, pour tout dire, militaires, qui présidèrent à cette consécration.

Constatant, à la lumière des événements de la dernière guerre, que le principe de l'obéissance passive et inconditionnelle ne pouvait rendre compte, non seulement des impératifs moraux, mais aussi des nécessités mêmes de l'action militaire moderne et de l'évolution de la jeunesse appelée à y participer, les autorités militaires françaises décidaient de mettre l'accent, dans les normes actuelles de la discipline militaire, sur l'extension des responsabilités des subordonnés, celles-ci pouvant aller jusqu'au refus d'exécuter un ordre.

Quoi qu'il en soit, on constatera que, ni en France ni ailleurs, le principe de l'obéissance inconditionnelle du subordonné ne sera plus accepté comme tel, tout au moins là où cette obéissance passive aboutirait à compromettre l'efficacité même de l'action militaire.

Mais qu'en est-il de cette *facultas resistendi* exercée, comme l'ont voulu les procureurs et décidé les juges à Nuremberg, au nom des impératifs du droit humanitaire, là encore où la désobéissance risquerait de compromettre directement ou indirectement le succès d'une opération ?

La criminalité de l'ordre et la prétendue exception des intérêts vitaux de la nation

Le « nouveau droit » né à Nuremberg ne laisse aucun doute quant à la réponse à apporter à la question de l'exception dite du « salut de la nation » : le minimum d'humanité, dont les dispositions du droit des conflits armés sont censées assurer la sauvegarde dans la pire des circonstances, a et doit avoir prévalence sur toutes les nécessités de l'action politique ou militaire².

² Voir notamment Conseil de guerre de Bruxelles, 11 mai 1951 : « Attendu que ni les intérêts de l'État ni même, en temps de

guerre, les nécessités de l'État ne peuvent justifier tout, car, au-dessus de l'État, la conscience humaine générale et la

Comme l'occasion nous fut donnée de le rappeler lors de Journées d'études tenues en 1980 à l'Université de Louvain sur les règlements juridiques des conflits de valeurs³, il importe que tout subordonné qui reçoit un ordre contrevenant au droit humanitaire intransgressible soit bien conscient de la nécessité de lui refuser obéissance. Il importe que cette réaction soit inscrite jusque dans les réflexes de l'agent : quel que soit l'argument d'utilité ou de nécessité invoqué, on ne recourt jamais à la pratique des otages, on n'attaque jamais une population civile paisible, on ne tue jamais un prisonnier réduit à merci, on ne contraint jamais à parler sous la torture...

Or, il n'est nullement certain que dans leur majorité les chefs militaires et les responsables politiques, même au sein de nos États dits démocratiques, aient été davantage que le maréchal Montgomery conscients de la mutation radicale et du caractère proprement révolutionnaire de ce principe introduit dans nos législations.

Comme le déclara Pierre-Henri Teitgen en 1946, « Substituant à la conception du droit à la merci des États celle du droit au-dessus des États, le principe né avec Nuremberg apporte au développement, au progrès, à la consolidation du droit international et, pourrait-on dire, du droit en général, une contribution telle qu'on peut dire que cet arrêt de Nuremberg marquera à coup sûr dans l'histoire une étape décisive »⁴.

De ce renversement qu'un philosophe allemand a pu qualifier d'« aurore à peine croyable », il n'est pas certain que le public, même informé, ni que les juristes, même spécialisés, aient facilement ou réellement assimilé toutes les implications.

Témoigne notamment de cette réticence latente, le refus des principaux signataires des Conventions et des Protocoles de

conscience générale du droit placent des exigences que l'Autorité d'aucun État ne peut méconnaître sans briser les lois de l'humanité » et autres décisions citées par nous dans *La protection pénale contre les excès de pouvoir et la résistance légitime à l'autorité*, Bruxelles, Éd. Bruylant, 1969, p. 361, et dans « L'illégalité manifeste et l'exception de la nation en péril », *Journal des Tribunaux*,

Bruxelles, 1973, pp. 629 à 634.

³ « L'humainement inacceptable en droit de la justification » in *Licéité en droit positif et Références légales aux valeurs*, Bruxelles, Éd. Bruylant, 1982, pp. 137 à 167.

⁴ *Revue de droit international et de sciences diplomatiques et politiques*, octobre 1946, p. 165 et suivantes.

Genève d'y inscrire expressément le droit et l'obligation de désobéir aux ordres contrevenant au droit humanitaire, sinon de façon implicite à travers le libellé de l'article 87 du Protocole I. On sait que cette disposition fait un devoir pour tout commandant d'unités et toute personne sous son autorité d'empêcher que soient commis des crimes de guerre et, au besoin, de les réprimer.

Nous en prendrons pour exemple le difficile ralliement de la Belgique au principe de la prévalence des impératifs du droit humanitaire et des limites que cette prévalence impose au principe de l'obéissance hiérarchique.

On sait que le principe de la responsabilité personnelle du subordonné dans l'exécution d'un ordre criminel, inscrit dans la loi belge de 1947 à l'égard des Allemands et de leurs collaborateurs, fut introduit en 1975 dans le nouveau Règlement de discipline des forces armées belges, dont l'article 11, par. 2 dispose : « Les militaires doivent exécuter fidèlement les ordres qui leur sont donnés par leurs supérieurs dans l'intérêt du service. Un ordre ne peut cependant être exécuté si cette exécution peut entraîner manifestement la perpétration d'un crime ou d'un délit. »

Pour le droit belge, il convient de le rappeler, ce n'était point là une nouveauté. Il est remarquable que dès l'adoption du Code pénal de 1867, son article 70 ait rappelé les limites du devoir d'obéissance, sans distinguer le militaire du civil. L'auteur principal de ce code, le professeur J.-J. Haus, s'en expliquait ainsi : « La responsabilité des militaires sous les armes est la même que celle des agents civils. Les uns et les autres sont coupables, lorsqu'ils ont exécuté un ordre dont la criminalité a dû leur apparaître d'une manière évidente. »⁵

Le Code pénal militaire de 1870 n'en décida pas autrement. Dans leur « Commentaire » de ce code paru en 1880, A. Moreau et C. Dejongh le rappellent : « ... le supérieur n'a pas le droit d'ordonner à son subordonné de commettre une infraction. Un pareil ordre est illégal, dès lors l'inférieur n'a pas à y obtempérer. Bien plus, s'il obéit, connaissant l'illégalité de l'injonction, il commet un fait que réproouve le droit naturel comme la loi pénale... »⁶

⁵ J. J. Haus, *Principes généraux du droit pénal belge*, éd. 1879, n° 612 et 613.

⁶ A. Moreau & C. Dejongh, *Commentaire du Code pénal militaire*, 1880, p. 179.

Le principe de cette responsabilité des exécutants a reçu en Belgique plusieurs applications. C'est ainsi qu'en 1966, le Conseil de guerre de Bruxelles condamna un sergent belge qui, lors d'opérations consécutives à la reprise de Stanleyville (Congo), avait exécuté l'ordre d'un officier supérieur de supprimer une civile. Ainsi s'est exprimé le Conseil de guerre: «L'acte commis constitue non seulement un meurtre aux termes des dispositions des codes congolais et belge, mais aussi une violation flagrante des lois et coutumes de la guerre et des lois de l'humanité (...). L'illégalité de l'ordre n'était pas douteuse et le prévenu devait refuser de l'exécuter.»⁷

Cela ne signifie pas que les termes, même explicites, des lois belges aient suffi à surmonter les réticences.

Beaucoup de juristes et de militaires belges se rappelleront les avatars du Règlement A.2 diffusé en 1975 par l'État-major général, immédiatement après la promulgation de la loi portant le nouveau Règlement de discipline. Dans ce texte, l'État-major général soutenait que l'article 11 de la loi concernant le devoir de désobéissance n'avait pas à être appliqué lorsque se trouvait en jeu un intérêt vital de la nation.

Ainsi le formulait le Règlement: «En cas d'opération armée, le supérieur est justifié (de l'ordre pouvant entraîner manifestement la perpétration d'un crime ou d'un délit) s'il est établi que, dans les circonstances dans lesquelles il s'est trouvé, il ne pouvait agir autrement pour sauvegarder un intérêt vital pour la nation.»

Ce n'est qu'au terme de sept années de protestations, d'interventions et de démarches diverses des facultés de droit, auxquelles s'associèrent de hauts magistrats, des parlementaires et même un professeur de droit de l'École royale militaire, que fut finalement amendé le texte de 1975 – «honte de notre arsenal juridique» comme il fut dit à l'époque – pour le rendre compatible avec les lois belges et les engagements internationaux de la Belgique. En son article 5, la loi belge du 16 juin 1993 le dira de façon plus explicite encore: «Par. 1 – Aucun

⁷ Voir J. Verhaegen, «La culpabilité des exécutants d'ordres illégaux», *Revue juridique du Congo*, 1970, pp. 231 à 239;

«L'ordre illégal et son exécutant devant les juridictions pénales», *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, 1986, pp. 449 à 454.

intérêt, aucune nécessité d'ordre politique, militaire ou national, ne peut justifier, même à titre de représailles, les infractions prévues par les articles... ; par. 2 – Le fait que l'accusé a agi sur l'ordre de son gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas sa responsabilité si, dans les circonstances existantes, l'ordre pouvait manifestement entraîner la perpétration d'une infraction grave aux conventions... »

Si la prévalence du droit humanitaire sur les nécessités militaires a pu, en fin de compte, trouver sa formulation expresse en droit pénal belge, il s'en faut que les autres législations et les autres règlements militaires aient témoigné de la même évolution⁸ et cette ambiguïté ne restera pas, on le devine, sans retentir sur l'interopérabilité de forces nationales différentes opérant au sein d'un même corps.

Lors d'un colloque tenu en 1999 à l'Université de Louvain et qui aborda précisément le problème de l'interopérabilité des forces armées, il fut rappelé avec insistance qu'aucune règle d'engagement, aucun ordre de l'autorité internationale ne pouvait contrevenir à la législation nationale en matière de droit des conflits armés et en particulier à l'article 5 par. 1 de la loi belge du 16 juin 1993⁹.

Mais que soit finalement levée, par toutes les parties, la difficulté primordiale née de l'opposition entre nécessités militaires et impératifs irréductibles du droit des conflits armés, ne supprime pas pour autant d'autres difficultés majeures.

D'autres problèmes pourront en effet surgir et, dès l'abord, la difficulté pour le militaire de reconnaître le caractère « manifestement criminel » de l'ordre, difficulté assurément non négligeable dans un domaine essentiellement caractérisé par l'activité violente.

⁸ De cette carence, l'article 31.1.c du Statut de la Cour pénale internationale offre sans doute l'exemple le plus affligeant. Sur le sujet, voir J. Verhaegen, « L'article 31.1.c du Statut de la Cour pénale internationale : un autre négationnisme ? » in « *Actualité du droit international humanitaire* », dossier n° 6 de la *Revue de Droit pénal et de criminologie*, Bruxelles 2001. Voir également « L'article 31.1.c du Statut de la Cour pénale interna-

tionale – Travaux de l'atelier organisé par la Commission consultative de droit international humanitaire de la Croix-Rouge de Belgique », *Revue belge de droit international*, 2000/2.

⁹ Question que nous avons abordée dans « L'interopérabilité des forces armées et ses préalables légaux », in *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs*, Bruxelles, Éd. Bruylant-Academia, 1999, pp. 101 à 131.

L'exécutant n'a pas reconnu la criminalité de l'ordre

La difficulté de reconnaissance pourra elle-même tenir à deux types de facteurs, suivant que l'exécutant a ignoré ou mal interprété la règle applicable, ou mal interprété la situation de fait à laquelle la règle est censée s'appliquer.

Il convient en effet d'envisager le cas où la règle que l'exécutant est appelé à respecter soit elle-même peu claire ou difficilement déterminable, sans parler du cas où l'interdit qu'elle contient n'aurait même pas été enseigné¹⁰.

Il importera tout autant d'envisager l'hypothèse où la règle ayant été bien enseignée et bien assimilée, le caractère complexe ou incertain de la situation de fait ne permettrait pas à l'exécutant d'apprécier si celle-ci tombe effectivement sous le coup de la règle : le doute peut en effet s'installer quant à l'applicabilité d'une règle claire à une situation qui ne l'est pas.

On reconnaîtra par exemple que si l'interdit frappant la prise d'otages ne donne généralement lieu à aucune difficulté d'interprétation ou d'application, en revanche des ordres portant sur « la destruction de biens non justifiée par des nécessités militaires et exécutée sur une grande échelle » ou « l'attaque de monuments historiques en dehors des conditions énumérées » donnent à l'exécutant peu de possibilité d'apprécier si, en l'espèce, l'ordre répond effectivement à la définition du crime.

Et l'on ne niera pas que la difficulté pour le subordonné de reconnaître la criminalité de l'ordre risque de s'amplifier encore lorsque l'exécution de celui-ci peut se prévaloir de la caution du donneur d'ordres, présumé voir les choses de plus loin et conformément aux lois de son pays.

¹⁰ De l'ignorance de la règle applicable ou de son interprétation erronée, on citera un exemple très concret : l'inacceptable pratique des otages *légitimée* jusqu'au cours du dernier conflit mondial par les manuels militaires des belligérants.

L'exécutant ne dispose pas de ses facultés de contrôle intactes

Encore que la contravention à la loi ne ferait aucun doute (par exemple, l'ordre de supprimer des prisonniers encombrants), la parfaite conscience par le subordonné de la flagrante criminalité de l'ordre ne met pas encore fin au débat si l'on considère les contraintes qui, sous des formes très diverses, président à l'action du combattant et à l'exécution des ordres qu'il reçoit en opération.

Des menaces, plus ou moins diffuses, peuvent tenir tant à la situation hiérarchique du subordonné qu'au climat propre à toute opération armée.

Les psychologues militaires ont ainsi pu dénombrer bon nombre de tels facteurs. Qu'il suffise de citer les contraintes liées au type de discipline inculqué au militaire ou aux conditions stressantes du combat lui-même : peur, fatigue, colère, mimétisme... facteurs qui tous auront pour effet non seulement de réduire le discernement de l'agent, mais encore d'annihiler sa capacité de contrôler ses actes.

La question se posera alors : de telles conditions, propres aux opérations armées, toutes susceptibles de peser sur les facultés de discernement et de contrôle, ne vont-elles pas nécessairement influencer sur la réponse à apporter à la question cruciale que nous examinons, celle de la responsabilité personnelle du subordonné dans l'exécution d'ordres illégaux ?

Solutions inadéquates apportées au problème de l'exécutant d'un ordre criminel

Face au problème ainsi posé, plusieurs attitudes sont possibles dont certaines, bien que classiques, apparaîtront d'emblée inacceptables.

Les « procès-catharsis »

La première consiste, pour les responsables politiques, à afficher *a posteriori* leur considération pour le droit humanitaire en faisant poursuivre et condamner quelque exécutant sans même se soucier, le cas échéant, de l'ignorance dans laquelle celui-ci aurait versé ou des contraintes qui auraient pesé sur son comportement.

Une telle attitude peut non seulement tenter les responsables politiques mais aussi les militaires dès lors qu'il s'agit de blanchir le corps, de rétablir sa respectabilité en se séparant du membre indigne. Le risque reste grand ici de voir se dérouler ce que l'on a pu appeler les « procès-catharsis » dont feront généralement les frais des exécutants subalternes¹¹.

Dans son livre *Lieutenant en Algérie*, consacré au temps qu'il passa dans les commandos du général de Bollardière (un chef admiré qui d'emblée rejeta la pratique des interrogatoires poussés), J.-J. Servan-Schreiber, peu suspect par conséquent de complaisance pour le comportement des tortionnaires, eut des appréciations très dures pour ces condamnations de circonstance : « En sanctionnant un sergent ou un capitaine, on se donne à soi-même l'impression d'agir – mais au prix de quelle hypocrisie ? – Vous mettez des hommes dans un système qui les conduit, mécaniquement, à des réactions criminelles. Vous constatez ces réactions. Faut-il punir ? En principe, bien sûr. Mais après ? D'autres hommes seront menés aussi inévitablement aux mêmes gestes, en pire : avec, en plus, le sentiment de l'injustice et beaucoup d'amertume (...). Ceux qui se mêlent, à quelque degré que ce soit, de prendre en charge leurs concitoyens – comme sous-lieutenant ou comme président du Conseil – sont responsables des situations qu'ils créent. Condamner les victimes de ces situations, comme si elles en étaient responsables, c'est, bien sûr, ajouter la lâcheté à l'incompétence... »¹²

Acquittements ambigus

Certes, on dira que les juges peuvent se montrer plus équitables et tenir meilleur compte, là où elles se rencontrent, des erreurs et contraintes qui ont pu effectivement affecter le comportement des inculpés que, dès lors, ils acquitteront. La légalité de pareille solution ne pourra se discuter. Encore faut-il, pour que le jugement conserve son rôle éducatif et ne soit pas contre-productif, que sa motivation reste

¹¹ J. Verhaegen, « Savoir où porter le fer (à propos de la condamnation de six para-commandos) », *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, 1973, pp. 137 à 141.

¹² Cité notamment dans « L'ordre illégal et son exécutant devant les juridictions pénales », *op. cit.*, p. 454.

particulièrement transparente et évite toute confusion possible entre l'exonération de l'auteur du crime et la justification de son acte¹³. Dans le *leading case* «Muller et consorts», dont eut à connaître la Cour de cassation de Belgique, le procureur général sut remarquablement éviter cette confusion en disant que si les conditions dans lesquelles s'était passée l'exécution de certains otages pouvaient et devaient valoir aux exécutants le bénéfice de leur erreur, cet acquittement ne supprimait nullement le caractère objectivement injustifiable et criminel de l'ordre lui-même, lequel apparaissait et devait clairement apparaître à travers le jugement, comme «la contradiction même des lois de l'humanité».

Une immunité pénale généralisée...

Non moins pernicieuse apparaît une troisième attitude qui consiste à ne plus tenir compte du nouveau droit en décidant d'office que les contraintes pesant sur le militaire en opérations sont telles que l'exécutant ne saurait, sans injustice, être tenu pour responsable de l'exécution d'un ordre criminel, le subordonné méritant *a priori* et dans tous les cas de bénéficier d'une absolution anticipée et généralisée.

Cette attitude, qui pratiquement rétablit au profit des militaires l'immunité dénoncée à Nuremberg, a fait l'objet de réflexions intéressantes au XIV^e Congrès international de droit militaire et de droit de la guerre tenu à Athènes en mai 1997. Y ont été notamment stigmatisés les «classements sans suite» auxquels donnent lieu certaines affaires portées à la connaissance des autorités disciplinaires ou

¹³ Comme le rappelle la Commission de réforme du droit du Canada, il importe de distinguer parmi les causes d'exonération les justifications et les excuses : «L'excuse permet à l'accusé de s'exonérer. Elle est fondée sur les principes qui établissent ce qui ne peut, en toute équité, être exigé d'une personne ordinaire ; on ne peut traiter une personne qui agit le couteau sur la gorge comme si elle avait été libre de ses actes. Ainsi l'accusé qui bénéficie d'une excuse n'est pas coupable de l'acte illégal qu'il a commis.

La justification enlève à un acte le caractère illégal qu'il aurait autrement. Cela revient à dire que lorsqu'une personne agit avec une justification elle ne peut être condamnée car, dans les circonstances, son acte est légitime. Ainsi, une personne qui agit dans l'intérêt de l'application de la loi (qui effectue une arrestation légale, par exemple) ne commet pas d'infraction. Au contraire, elle a eu raison d'agir de la sorte car son acte est justifié.» («Responsabilité et moyens de défense», *document de travail n° 29*.)

judiciaires, les grâces accordées par les plus hautes autorités politiques aux auteurs de crimes après leur condamnation, les amnisties dont traditionnellement bénéficient dans leurs pays respectifs les criminels de guerre¹⁴.

Une telle attitude que trop de politiques essayeront de défendre par des considérations de justice et de nécessaire «réconciliation», mais en fait, et le plus souvent, pour ne pas heurter de front la classe militaire, annihile purement et simplement la leçon de Nuremberg et les acquis qu'elle représente pour les victimes de la guerre. Elle ne rend pas davantage compte de la réalité des faits dans la mesure où elle amplifie à l'excès les arguments de l'ignorance et des contraintes.

Une autre voie ?

Dépassant ces trois réponses inacceptables au problème de l'ordre criminel, il importe de se pencher sur les autres moyens susceptibles de satisfaire, à la fois l'intérêt bien compris du militaire et celui de ses victimes potentielles.

Tarir les sources de l'ordre criminel

La démarche consiste dans un premier temps à tarir, autant que possible par des mesures préventives appropriées, les sources habituelles des ordres criminels.

Pareilles mesures préventives peuvent être de trois ordres. Il s'agit tout d'abord d'une information générale et préalable des militaires et du public quant aux limites intransgressibles imposées par le *jus in bello*, quand bien même l'État concerné serait constitué en état de légitime défense...

Peut aussi y aider la création de ce qu'on a appelé les «délits-obstacles», autrement dit, l'incrimination dès le temps de paix de comportements non criminels par eux-mêmes mais susceptibles de favoriser l'accomplissement de crimes en période de crise.

¹⁴ Nous avons abordé la question *in* infractions au droit humanitaire», *RICR*, n° 768, «Entraves juridiques à la poursuite des novembre-décembre 1987, pp. 634 à 647.

La loi belge de 1993 a ainsi heureusement innové en incriminant l'ordre criminel, même non suivi d'effet, la préparation d'une activité criminelle ou la passivité du supérieur qui, apprenant l'existence d'une entreprise criminelle, ne ferait rien pour l'empêcher ou pour la porter à la connaissance de l'autorité qualifiée.

Cela implique enfin l'organisation de recours, tant auprès de conseillers juridiques spécialement formés à cette fin que devant l'autorité supérieure dûment informée, contre tout ordre ou instruction dont il existerait des raisons suffisantes de suspecter le caractère criminel du fait, notamment, de l'aide qu'il fournirait au crime.

Il peut être utile de rappeler que de telles mesures préventives, envisagées lors de la préparation de la loi belge de 1993, ont reçu l'appui sans réserve de tous les militaires consultés, particulièrement soucieux de transparence en la circonstance. Cela n'a rien de surprenant : trop de commandants d'unités ont trop souvent été les victimes de la carence de hauts responsables politiques peu pressés de leur indiquer en toute clarté et sans équivoque ce qui, dans le dilemme opposant intérêt militaire et impératifs humanitaires, doit nécessairement l'emporter!¹⁵

Si les mesures préventives constituent, certes, un indispensable arrière-plan du processus visant à tarir les sources de l'ordre criminel, elles ne règlent pas encore le cas des ordres manifestement criminels qui, en dépit des filtres prévus pour en empêcher la transmission, parviendraient malgré tout jusqu'aux échelons subalternes, laissant l'agent d'exécution tragiquement seul devant la redoutable question d'avoir à l'exécuter ou à le refuser.

Pour une procédure de refus individuel

Le problème paraît assurément crucial. Aussi ne se pose-t-il pas seulement dans les cas ici examinés mais dans toute situation de crise.

¹⁵ En constitue un exemple particulièrement significatif le flou avec lequel les manuels militaires traitent généralement du sort à réserver aux prisonniers « encombrants ». Voir notamment notre rapport intro-

ductif au Symposium de la Société internationale de Droit militaire et de Droit de la guerre (Bruxelles, 27-28 novembre 1986), *R.D.M.D.G.*, T. XXVII / 2, 1988, p. 232.

Ce type de problème serait-il, comme il est parfois affirmé, irréductible à toute loi, à toute réglementation même élémentaire ?

Que l'on cerne bien la question ici posée : il s'agit de prévoir dans un règlement militaire les mesures permettant aux subordonnés d'exercer à bon escient, et sans avoir à déployer un courage exceptionnel, leur devoir de refuser obéissance à des ordres, peut-être militairement utiles, mais manifestement criminels.

Les participants au XIV^e Congrès de droit de la guerre (Athènes, 1997) voudront bien se rappeler la recommandation dont il nous fut donné de proposer l'adoption : « Les règlements de discipline militaire devraient prévoir une procédure permettant aux subordonnés d'exercer, sans dommage pour eux et dans le respect de la discipline, leur droit et leur devoir de ne pas obéir aux ordres dont l'exécution entraînerait manifestement la réalisation d'un crime de guerre. »

Ladite proposition était justifiée de la sorte :

« Le principe de Nuremberg (visant la désobéissance due aux ordres criminels) qui figure aujourd'hui dans les législations nationales est certes irréprochable mais il risque de se réduire à un trompe-l'œil et à n'exercer aucune action préventive véritable si le contexte dans lequel agissent les subordonnés ne leur laisse pratiquement aucune faculté de choisir, sauf à escompter de leur part une attitude pleine de risques, voire héroïque, devant l'ordre donné... Lorsqu'en pareilles circonstances, le tribunal acquitte l'exécutant d'un ordre criminel, tout en prenant soin de réaffirmer le caractère inacceptable de l'ordre, ce tribunal rend certainement un « bon jugement » : il a apprécié correctement tant le fait objectivement criminel que l'agent subjectivement irresponsable. Mais il est difficile de dire que ce jugement juridiquement correct ait fait avancer d'un pas la solution du problème. Un simple effort d'imagination devrait conduire à la mise en place d'une procédure suffisamment efficace permettant aux subordonnés d'exercer leur droit et leur devoir en pareille circonstance... »

Adoptée au terme du Congrès, la « recommandation » fut ultérieurement reprise par le Comité scientifique du Séminaire belge de droit militaire et de droit de la guerre lequel décida d'y donner suite en mettant à l'étude l'introduction de pareille procédure en droit militaire belge et en chargeant un groupe de travail de présenter un avant-projet en ce sens¹⁶.

Soumis à la discussion préalable d'officiers supérieurs de toutes armes, tous professeurs militaires à l'Institut royal supérieur de défense, le texte de l'avant-projet fut approuvé et encore revu par le Séminaire de droit militaire et de droit de la guerre lequel, en sa séance plénière du 22 juin 2001, en adopta la formulation définitive avant sa transmission au ministre compétent¹⁷.

En substance, il est apparu aux promoteurs du projet qu'une procédure efficace, capable de préserver tout à la fois la nécessaire discipline militaire et le respect de la loi, sans pour autant réclamer du subordonné un effort disproportionné, pouvait prendre la forme d'une simple question adressée au donneur d'ordre quant à la légalité de cet ordre, non point parce que le subordonné douterait de sa criminalité, mais parce que pareille procédure doit permettre

¹⁶ V. ASBL Séminaire de droit militaire et de droit de la guerre, Session 1998-1999, Fascicule « *Le refus d'obéissance aux ordres manifestement criminels* », pp. 10 à 13.

¹⁷ Il est inséré sous le par. 2 de l'article 11 de la loi du 14 janvier 1975 portant le Règlement de discipline des Forces armées, un par. 3 libellé comme suit.

Le subordonné qui reçoit un ordre tel que visé au paragraphe précédent fera valoir son objection en demandant, en application du présent Règlement de discipline, confirmation de la légalité de cet ordre au supérieur qui le lui donne.

Une telle demande ne pourra en aucun cas être considérée comme un manquement à la discipline.

Le supérieur qui en est saisi est tenu d'y répondre après s'être assuré, le cas échéant, de la légalité de l'ordre donné.

Le supérieur qui omet de répondre à une demande de confirmation de la légalité de l'ordre est passible de sanction disciplinaire du chef de transgression de l'article 9, 2° du présent Règlement, sans préjudice de l'application des dispositions pénales relatives à la participation à un crime ou à un délit.

Ni l'impossibilité de demander ou d'obtenir la confirmation de la légalité de l'ordre ni la confirmation de cette légalité par un supérieur ne dispensent le subordonné de son devoir de ne pas exécuter un ordre susceptible selon lui d'entraîner manifestement la perpétration d'un crime ou d'un délit.

Dans tous les cas, le subordonné qui décide de ne pas obéir à un ordre dont l'exécution lui paraît pouvoir entraîner manifestement la perpétration d'un crime ou d'un délit s'expose, si son appréciation s'avère erronée, aux peines prévues par le Code pénal militaire du chef d'insubordination.

d'attirer impunément l'attention des chefs concernés sur le crime ordonné.

De l'obligation pour le supérieur de répondre à la question, il est attendu qu'elle puisse déjà le dissuader de persévérer dans une voie susceptible de le conduire au crime.

Quant au subordonné, cette procédure particulière devrait lui permettre de lever à son avantage les difficultés psychologiques que présente – même dans un État démocratique – toute contestation d'un ordre militaire, fût-il manifestement criminel.



Abstract

**Refusal to obey orders of an obviously
criminal nature
Providing for a procedure available
to subordinates**

by

JACQUES VERHAEGEN

The XIVth Congress of the International Society of Military Law and the Law of War, held in Athens in May 1997, adopted the following recommendation: "Disciplinary regulations should provide for a procedure allowing subordinates to exercise, with no prejudice to themselves and without breaching discipline, their right and duty not to obey orders whose execution would obviously lead to the commission of a war crime."

In the year 2000, the Belgian Seminar of Military Law and the Law of War set up a working group with the task of preparing a draft text that would give effect to this recommendation and could be incorporated in the Belgian army's disciplinary regulations.