

Mesures en rapport avec les autres infractions

Département pilote : Service public fédéral Chancellerie du Premier Ministre

Document de travail 06

I. DISPOSITIONS A METTRE EN OEUVRE

A. Base juridique

1. Droit international : article 86, 1er Protocole additionnel (P I)
 - a) "Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent réprimer les infractions graves et prendre les mesures nécessaires pour faire cesser toutes les autres infractions aux Conventions ou au présent Protocole qui résultent d'une omission contraire à un devoir d'agir.
 - b) Le fait qu'une infraction aux Conventions ou au présent Protocole a été commise par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale ou disciplinaire, selon le cas, s'ils savaient ou possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait ou allait commettre une telle infraction, et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction".
2. Droit national : loi du 16 avril 1986 portant approbation du 1er Protocole additionnel

B. Analyse des mesures à prendre

1. Schéma général des obligations imposées aux Hautes Parties contractantes en matière d'infractions au droit international humanitaire (DIH)
 - a. Infractions graves : obligation de réprimer (P I - article 86.1).

C'est-à-dire :

 - (1) fixer par voie législative les sanctions pénales adéquates.
 - (2) rechercher et juger ou extraditer les auteurs, quelle que soit leur nationalité.

(P I - article 85.1, combiné avec C I - article 49 ; C II - article 50 ; C III - article 129 ; C IV - article 146. Voir document de travail n° 5, Répression des infractions graves).

b. Autres infractions :

- (1) résultant d'une action : obligation de faire cesser (P I - article 85.1, combiné avec les articles précités des 4 Conventions).
- (2) résultant d'une omission contraire à un devoir d'agir :
 - (a) obligation de faire cesser (P I - article 86.1)
 - (b) obligation d'intégrer en droit interne le principe du devoir d'agir (pour l'empêcher ou la réprimer) des supérieurs qui ont connaissance d'une infraction au DIH (grave ou non) commise ou sur le point d'être commise par un subordonné (P I - article 86.2).
 - (c) En ce qui concerne la portée de cette règle, il convient d'observer que le principe de la responsabilité personnelle de l'exécutant d'ordres illégaux, inscrit dans le droit de Nuremberg, n'a pas été mentionné dans le DIH. Compte tenu de la difficulté pour le subordonné d'apprécier les données de fait pouvant conditionner la légalité de l'ordre, certains Etats se sont montrés réticents au principe de l'article 8 du Statut du Tribunal de Nuremberg. Pour que le DIH réponde à sa vocation universelle, il a paru préférable de ne pas aligner formellement ses règles sur celles introduites dans le droit international par le groupe des Etats vainqueurs dans un conflit armé déterminé. Aussi, dans la question de l'incidence de la subordination hiérarchique militaire sur la responsabilité pénale des individus, la Conférence diplomatique de Genève a préféré accentuer la responsabilité du supérieur plutôt que celle des subordonnés. Il est à noter cependant que l'article 86.2 P I implique qu'un supérieur (même aux plus bas échelons de la hiérarchie) qui transmet un ordre illégal qu'il a reçu devient responsable de l'exécution de cet ordre par ses subordonnés (mis à part l'effet éventuel de la contrainte irrésistible).

La législation interne relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire (d'abord l'article 5, § 2, de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, modifiée par les lois des 10 février 1999, 10 avril et 23 avril 2003; puis l'article 136*octies*, § 2, du Code pénal, y inséré par la loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire) dispose que "le fait que l'accusé ait agi sur ordre de son Gouvernement ou d'un supérieur ne l'exempte pas de sa responsabilité si, dans les circonstances données, l'ordre pouvait clairement entraîner la commission d'une des infractions ...". Une disposition comparable figure à l'article 33 du Statut de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998, approuvé par la loi du 25 mai

2000) : "le fait qu'un crime ... a été commis sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur, militaire ou civil, n'exonère pas la personne qui l'a commis de sa responsabilité pénale, à moins que ...". La loi du 14 janvier 1975 portant le règlement de discipline des forces armées dispose en son article 11 que les supérieurs sont responsables des ordres qu'ils donnent. Les militaires doivent exécuter les ordres qui leur sont donnés par leurs supérieurs. Toutefois un ordre ne peut être exécuté si cette exécution peut entraîner manifestement la perpétration d'un crime ou d'un délit.

2. Mesures à prendre pour faire cesser les infractions

Ces mesures sont soit pénales, soit disciplinaires, soit administratives, ainsi qu'il résulte implicitement de l'article 86.2 P I ("... responsabilité pénale ou disciplinaire, selon le cas, ...").

Le « Commentaire des Protocoles additionnels », publié par le CICR (Genève, 1986) (n° 3539) énonce à ce sujet :

« Les Parties au Protocole s'engagent à les "faire cesser", ce qui indique que leur "répression" éventuelle, par des sanctions pénales ou disciplinaires, relève uniquement de l'autorité dont les auteurs de ces infractions dépendent ou de la Puissance à laquelle ils appartiennent. Il en va ainsi également pour les autres mesures éventuelles, sanctions administratives, mutations, etc., qui ne peuvent être prises, en raison de leur nature même, que par l'autorité dont ces personnes relèvent ».

a. Incrimination pénale

Il s'agirait de définir dans la loi pénale une infraction par omission imputable aux personnes à qui le devoir d'agir incombe personnellement. Le Code pénal ordinaire (articles 153, 155, 156, 422*bis* et 422*ter*) et le Code pénal militaire (articles 26 et 28) ont déjà fait application du principe de la faute pénale par omission. Ceci suppose que les personnes auxquelles le devoir d'agir incombe soient clairement désignées par les textes législatifs ou réglementaires.

b. Mesures disciplinaires ou administratives

Dans cette perspective, outre la définition de la transgression disciplinaire correspondante, la notion de supérieur et la désignation de ceux à qui incombent les différents devoirs d'agir prévus par le DIH devraient figurer dans les textes réglementaires. Un relevé (non exhaustif) des devoirs d'agir susceptibles de donner lieu à infraction au DIH par omission figure aux n°s 3533 à 3536 du « Commentaire » édité par le CICR.

3. Responsabilité pénale ou disciplinaire du supérieur qui n'a pas pris les mesures qu'il était en état de prendre pour empêcher ou réprimer une infraction de la part d'un subordonné

Lorsque l'infraction commise par le subordonné n'est pas sanctionnée pénalement, la responsabilité du supérieur ne peut être que disciplinaire.

Lorsque cette infraction est pénalement sanctionnée, ce qui doit obligatoirement être le cas pour les infractions graves (P I, article 85.1), la responsabilité pénale du supérieur peut juridiquement être envisagée de deux manières :

- a) soit comme un mode de participation (par omission) du supérieur à l'infraction commise par le subordonné.

C'est ainsi que le Conseil de guerre de Liège a décidé par son jugement du 20 novembre 1972 (J.T., 1973, 148) :

"Est coauteur de tous les sévices commis par ses subordonnés à l'occasion d'interrogatoires de prisonniers, l'officier (...) qui, par sa présence tolère les sévices que sa qualité de commandant de compagnie lui commandait d'interrompre."

Mais la théorie de la participation par omission est très controversée en droit belge et est généralement rejetée par la doctrine.

Voir à ce sujet :

- VERHAEGEN, J., "Savoir où porter le fer", J.T., 1973, 137.
- VERHAEGEN, J., "Les incertitudes de la répression de l'omission en droit pénal Belge", R.D.P., 1983, 3 (en particulier les pages 17 - 22).
- RUBBRECHT, J., "Strafbare deelneming door onthouding.", R.W., 1961-62, 2211-2218.
- NYPELS, J. "Législation criminelle de la Belgique", T.I, 135, n° 310.
- HAUS, J.J., "Principes généraux du droit pénal belge", 3e éd. T.I, 1879, 368-369, n° 486.
- Répertoire pratique du droit belge, T.7, v° Infractions et répression en général, n° 481 (avec autres références).
- BRAAS, "Précis de droit pénal", 167, n° 246.
- CONSTANT, J., "Manuel de droit pénal", T.I, 1948, n° 94.
- FUZIER-HERMAN, "Répertoire du droit français", Vol. 12, v° Complicité, n°s 255-270, 904 et 905.
- ROUX, J.A., note sous Cass. fr. crim. 26 octobre 1912, Pas. Fr., 1914, I, 225.
- Pandectes Belges, Vol. 19, v° coauteur, n° 200 e.s., 1139-1142.
- D'HAENENS, J., "Strafbare deelneming", in A.P.R., v° strafbare deelneming, 56-61.
- MAUNOIR, J.P., "La répression des crimes de guerre devant les tribunaux français et alliés", Genève, 1956, 347.
- COLETTE-BASECQZ, N., « La répression de l'omission en droit international pénal et en droit belge », Annales de droit, 1995, 19.

Il paraît donc recommandé de recourir à l'autre solution (point b).

- b) soit comme infraction par omission "sui generis" dans le chef direct du supérieur.

Cette solution trouve un fondement dans la responsabilité propre du supérieur telle que définie :

- à l'article 1er du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la IV^e Convention de La Haye du 18 octobre 1907, qui prévoit que les membres des forces armées doivent "avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés";
- à l'article 43.1 du P I qui prévoit que toutes les forces, groupes et unités armés et organisés d'une Partie à un conflit "sont placés sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés devant cette Partie".
- à l'article 28 du Statut de la Cour pénale internationale de 17 juillet (loi d'approbation 25 mai 2000) qui concerne la responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques.
- à l'article 11, § 1er, de la loi du 14 janvier 1975 portant le règlement de discipline des Forces armées, qui dispose que les supérieurs sont responsables des ordres qu'ils donnent et des désordres causés par leurs subordonnés.

C'est d'ailleurs la solution adoptée à l'article 4, 5^e tiret, de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, modifiée par les lois des 10 février 1999, 10 avril et 23 avril 2003, ensuite abrogée par la loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire. La disposition pertinente est désormais l'article 136^{septies}, 5^o, du Code pénal, tel qu'y inséré par la loi du 5 août 2003 ("Sont punis de la peine prévue pour l'infraction consommée : ... 5^o l'omission d'agir ...").

II. DEPARTEMENTS CONCERNES

- A. Coordination des directives ministérielles : Chancellerie du Premier Ministre
- B. Adaptation du Code pénal : SPF Justice
- C. Adaptation du Code pénal militaire : SPF Justice et Ministère de la Défense
- D. Adaptation du régime disciplinaire des agents de l'Etat : SPF Personnel et Organisation
- E. Adaptation du Règlement de discipline militaire : Ministère de la Défense
- F. Directives ministérielles : tous les départements représentés à la CIDH.

III. IMPLICATIONS BUDGETAIRES

Néant.

IV. ETAT DE LA QUESTION

A. Mesures destinées à faire cesser les infractions non graves résultant d'une omission

Jusqu'à présent, seules les infractions graves ont fait l'objet d'un texte législatif : d'abord, la loi du 16 juin 1993, mentionnée ci-avant, depuis abrogée; ensuite les dispositions insérées dans le Code pénal par la loi du 5 août 2003 précitée (voir document de travail n° 5, Répression des infractions graves).

En ce qui concerne les infractions non graves au DIH, quelques dispositions à cet égard sont contenues dans un avant-projet de Code pénal militaire, élaboré en et soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat (avis 12404/2 du Conseil d'Etat du 16 décembre 1975). Ce projet était complémentaire au projet de loi sur les infractions graves et en supposait l'adoption, car il se borne à le compléter à trois égards :

1. il incrimine, par une disposition résiduaire (article 60), les infractions aux Conventions de Genève du 12 août 1949 qui ne sont pas réputées graves par ces Conventions ;
2. il tend à réprimer, par une disposition générale, toutes les infractions aux Conventions internationales en vigueur en Belgique en matière de droit des conflits armés, qui ne sont pas spécifiquement incriminées, en ce compris les Conventions autres que celles de Genève du 12 août 1949 ;
3. dans le cadre de l'ensemble des infractions aux lois et coutumes de la guerre, il sélectionne plus spécialement les situations auxquelles les militaires ont à faire face pour incriminer spécifiquement les infractions y relatives.

Ce texte en est resté à l'état d'avant-projet et n'a pas été déposé au Parlement. A noter aussi que les modifications du Code pénal militaire (lois des 28 juin 1984, 24 juillet 1992, 10 juillet 1996, 23 janvier 2003 et 10 avril 2003) postérieures à cet avant-projet de loi, n'ont pas introduit dans ce Code de telles dispositions.

Conçu avant l'élaboration du 1er Protocole additionnel, il ne lui est pas entièrement adapté et devrait donc être réexaminé. Sur le point qui nous occupe, il y aurait lieu de compléter son article 60 en ajoutant, après les mots "qui contrevient", les mots suivants : "le cas échéant par une omission contraire à un devoir d'agir". Le texte du chapitre VII de cet avant-projet est reproduit en annexe A du présent document de travail.

B. Abstention du supérieur d'empêcher ou de réprimer l'infraction du subordonné.

En ce qui concerne les infractions graves, l'article 4, 5e tiret, de la loi du 16 juin 1993, citée ci-avant, devenu l'article 136septies, 5°, du Code pénal, y inséré par la loi du 5 août 2003, mentionnée ci-avant, couvre adéquatement l'hypothèse :

«Article 136 septies - Sont punis de la peine prévue pour l'infraction consommée :

...

5° l'omission d'agir dans les limites de leur possibilité d'action de la part de ceux qui avaient connaissance d'ordres donnés en vue de l'exécution d'une telle infraction ou de faits qui en commencent l'exécution, et pouvaient en empêcher la consommation ou y mettre fin,...»

Concernant les autres infractions pénalement sanctionnées, il n'existe de projet que relativement à la responsabilité des supérieurs militaires, à savoir l'article 13 de l'avant-projet de Code pénal militaire, cité ci-avant, qui paraît adéquat, bien qu'il déborde le cadre strict du DIH :

«Article 13 - Est puni comme complice d'un crime ou d'un délit le supérieur qui, ayant le pouvoir d'empêcher un subordonné de commettre un crime ou un délit dans l'exercice de ses fonctions ou dans un milieu soumis à l'autorité militaire, s'abstient d'user de son autorité ou d'aviser l'autorité compétente pour prévenir l'infraction, la faire cesser ou en limiter les effets».

Relativement à la responsabilité des supérieurs non-militaires, le projet de Code pénal ordinaire rédigé en 1985 par la Commission à la réforme du Code pénal proposait d'instaurer une nouvelle disposition prévoyant la responsabilité (punis comme les auteurs de l'infraction) de « ceux qui, volontairement, auront, même indirectement, provoqué à commettre une infraction, ou, sciemment, laissé commettre par des personnes placées sous leur autorité, ou laissé commettre dans le dessein que l'infraction soit réalisée » (article 56 c) du projet de Code pénal). Ce texte est cependant resté à l'état de projet.

Concernant les infractions au DIH qui ne seraient pas incriminées en droit pénal interne, seul le Règlement de discipline militaire (loi du 14 janvier 1975 portant le Règlement de discipline des forces armées, article 11, §1er, al.2) prévoit approximativement l'hypothèse :

"Les supérieurs exercent leur autorité avec fermeté, équité et correction. Ils sont responsables des ordres qu'il donnent et répondent de l'unité qui leur est confiée ainsi que du bon fonctionnement du service. Ils sont également responsables des désordres causés par leurs subordonnés, lorsque ces désordres ont pu se commettre du fait de leur négligence ou leur excès de tolérance".

La question est de savoir si le terme "désordres" couvre l'hypothèse des infractions au DIH. Ce texte est repris de l'arrêté royal du 30 décembre 1959 relatif à la discipline militaire (arrêté royal en grande partie abrogé à ce jour), dont l'article 5 faisait apparaître que le terme "désordres" couvrait notamment des infractions, mais sans autre précision. Le Règlement A2, n'apporte pas de précision à ce sujet. Un commentaire supplémentaire dans l'édition du Règlement militaire A2, publié par l'état-major de la Défense devrait suffire à dissiper les doutes à ce sujet.

Il y a lieu d'élaborer les dispositions nécessaires en ce qui concerne les agents des administrations publiques par l'adaptation du Code pénal et de la législation/réglementation disciplinaire, ainsi que par des directives ministérielles ou gouvernementales.

Il importe notamment, pour que l'article 86 P I puisse être appliqué, que les compétences et les pouvoirs des différentes administrations à l'égard de l'application du DIH soient déterminés en droit interne car les responsabilités qu'il instaure supposent qu'un devoir d'agir incombe, à l'égard de chacune des dispositions visées, aux titulaires d'une fonction déterminée.

Exemples :

- regroupement des familles dispersées (P I - article 74) ;
- diffusion des Conventions (P I - article 83) ;
- évacuation des enfants (P I - article 78);
- protection des réfugiés et apatrides (P I - article 73).

Il suffirait à cet égard que des instructions ministérielles confirment officiellement la répartition des tâches adoptée par la CIDH.

Par ailleurs, la notion de supérieur (qui est clairement définie en droit militaire ; voir les articles 5 et 6 de la loi du 14 janvier 1975, mentionnée ci-avant) ne pose aucun problème d'opérationnalité en ce qui concerne les fonctionnaires civils dans le cadre de l'article 86 P I.

V. PROPOSITIONS DE DECISION

- A. Suivre les travaux de révision des Codes pénaux militaire et ordinaire et, le cas échéant, constituer un groupe de travail spécialisé chargé de rédiger deux avant-projets d'amendements avec exposés des motifs :
1. l'un, adaptant le Code pénal militaire,
 - a) au prescrit de l'article 86 P I;
 - b) aux nouvelles infractions non graves introduites par le P I et le P II ;
 2. l'autre, adaptant le Code pénal ordinaire,
 - a) au principe de la responsabilité du supérieur, consacré par l'article 86.2 P I ;
 - b) à la répression des infractions non graves au DIH (sans oublier le P II, article 4.2) dans le chef de personnes n'ayant pas la qualité de militaire.
- B. Constituer un groupe de travail spécialisé, chargé d'établir un rapport technique sur les différentes formules paraissant adéquates en vue d'intégrer le prescrit de l'article 86 P I en droit interne en ce qui concerne les fonctionnaires (dispositions pénales ou disciplinaires, directives ministérielles).
- C. Prier la délégation du Ministère de la Défense d'établir un projet d'adaptation du Règlement de discipline militaire (Règlement A2, Règlement de discipline pour l'armée) :
1. au devoir d'agir du supérieur sur base de l'article 86.2 P I;
 2. à la responsabilité spécifique du supérieur (Règ. A2 - article 11 de la loi du 14 janvier 1975) sur cette même base.
- D. Saisir les ministres concernés, par lettre du président de la CIDH, des différents projets qui auront été ainsi établis.

VI. DERNIERE MISE A JOUR

Juin 2004.

VII. DATE D'APPROBATION PAR LA CIDH

14 septembre 2004.

VIII. ANNEXES

A. Avant-projet de Code pénal militaire

Document de travail 06

Annexe A

EXTRAIT DE L'AVANT-PROJET DE CODE PENAL MILITAIRE ADAPTE A L'AVIS DU CONSEIL D'ETAT DU 16 DECEMBRE 1975 (ce texte, antérieur à la loi de 10 juillet 1996 portant abolition de la peine de mort et modifiant les peines criminelles, doit être lu actuellement à la lumière des dispositions de cette loi).

Chap. VII - Infractions contre les lois et coutumes de la guerre

Article. 60 - Sans préjudice de l'application de dispositions pénales plus sévères, est puni d'un emprisonnement d'un mois à trois ans le militaire qui contrevient à une des prescriptions des conventions internationales en vigueur en Belgique, relatives à la conduite de la guerre ou à la protection des blessés, des malades, des naufragés, au traitement des prisonniers de guerre, à la protection des personnes civiles en temps de guerre et à la protection des biens culturels en cas de conflit armé.

Article 61 - Est coupable d'homicide ou de lésions corporelles volontaires et puni conformément aux dispositions du Code pénal le militaire qui tue ou blesse un ennemi qui se rend ou qui a été rendu incapable de toute résistance.

Article 62 - Est puni de réclusion, sans préjudice de l'application de dispositions pénales plus sévères le militaire qui viole sciemment la protection due aux établissements, formations, moyens de transports et matériels sanitaires, aux zones de refuge pour populations civiles, aux camps de prisonniers de guerre et aux lieux d'internement, de même qu'au personnel attaché à ces lieux ou à ces biens.

Il n'y a pas d'infraction lorsqu'au moment des faits, le personnel, les lieux ou les biens ci-dessus, interviennent ou sont utilisés à des fins de combat.

Article 63 - Est puni de la réclusion en cas de violences contre les personnes et d'un emprisonnement de trois mois à cinq ans dans les autres cas le militaire qui maltraite, injurie ou retient indûment un parlementaire ennemi arborant le drapeau blanc ou son escorte, ou de toute autre manière porte atteinte à leur inviolabilité.

Article 64 - Lorsqu'en temps de guerre ou au cours d'une opération armée, des vols, des extorsions, des destructions ou détériorations de propriétés mobilières d'autrui ont été commis par un militaire au préjudice d'un malade, d'un blessé, d'un naufragé, d'un prisonnier de guerre ou d'un interné civil, les peines portées contre l'auteur de ces faits par les dispositions des articles 461 à 488 et 528 à 534 du Code Pénal sont remplacées:

- l'emprisonnement par les travaux forcés de dix ans à quinze ans;
- la réclusion par les travaux forcés de quinze à vingt ans;
- les travaux forcés de dix ans à quinze ans par les travaux forcés à perpétuité;
- les travaux forcés de quinze ans à vingt ans et les travaux forcés à perpétuité par la mort.

Article 65 - Est puni de la réclusion le militaire qui contraint un ressortissant d'un pays avec lequel la Belgique est en guerre ou en conflit armé à participer à une action de guerre contre son propre pays ou à en favoriser l'exécution.

Il n'y a toutefois pas d'infraction lorsqu'au moment des faits, ce ressortissant possède également la nationalité belge ou est assujetti aux obligations militaires en vertu de la loi belge.

Article 66 - Les dispositions des articles 60 à 65 sont applicables à tous combattants engagés dans un quelconque conflit armé.