

Studiecentrum voor Militair Recht en Oorlogsrecht v.z.w.
Centre d'Etude de Droit Militaire et de Droit de la Guerre a.s.b.l.

Workshop



**“ Etude d'une initiative législative possible
concernant le devoir d'obéissance des militaires ”**

-

**“ Studie van een mogelijk wetgeving initiatief met
betrekking tot de militaire gehoorzaamheidsplicht ”**

18 octobre 2010

18 oktober 2010

Editeur responsable – Verantwoordelijk uitgever :
Colonel BEM / Res Kol SBH M. DANAU

Centre d'Etude de Droit Militaire et de Droit de la Guerre a.s.b.l.
Ecole Royale Militaire – 30, Avenue de la Renaissance – B-1000 Bruxelles

Studiecentrum voor Militair Recht en Oorlogsrecht vzw
Koninklijke Militaire School – 30 Renaissancelaan – B-1000 Brussel

Tel/Fax : ++32 (2) 742 61 77
E-mail : srt.sem@scarlet.be
Website : <http://home.scarlet.be/~tsb93638/>

Sauf indication contraire, les opinions exprimées dans les contributions à cet ouvrage n'engagent que leur auteur.

Tenzij anders aangegeven, geven de opvattingen in de bijdragen in deze publicatie enkel de mening weer van hun auteur.

Unless indicated otherwise, opinions expressed in contributions to this publication are solely those of the authors.

©La reproduction, même partielle et sous quelque forme que ce soit, des textes publiés dans cet ouvrage est strictement interdite, sauf autorisation expresse, préalable et écrite de leur auteur et l'éditeur responsable de la présente publication.

©Niets uit deze publicatie mag vermenigvuldigd worden en/of openbaar gemaakt worden op enige wijze zonder expliciete, voorafgaande en schriftelijke toestemming van de auteur en van de verantwoordelijke uitgever van deze publicatie.

©No part of this publication may be reproduced, in any form or by any means, without the prior, explicit and written permission of the author and the responsible editor of this publication.



Workshop du 18 octobre 2010
Workshop van 18 oktober 2010

*Etude d'une initiative législative possible concernant le devoir
d'obéissance des militaires*
*Studie van een mogelijk wetgevend initiatief met betrekking tot de
militaire gehoorzaamheidsplicht*

| | |
|---------------|--|
| 09.30 – 09.50 | Accueil – Ontvangst |
| 09.50 – 10.00 | Verwelkoming – Mot de bienvenue Kolonel SBH b.d. Marcel Danau - Sessiedirecteur |
| 10.00 – 10.30 | Inleiding - Introduction Professeur Stanislas Horvat, Chaire de Droit, Ecole Royale Militaire |
| 10.30 – 11.00 | Présentation générale d'un texte de loi possible - Voorstelling van een mogelijke wettekst Colonel d'Aviation BEM Hre Robert Remacle |
| 11.00 – 11.30 | Kritische bedenkingen - Considérations critiques Colonel BAM Jean-Paul Claeys, SAT 7 Luitenant-Kolonel BAM André Fontaine, HRP |
| 11.30 – 13.00 | Bespreking in werkgroepen – Discussion en groupes de travail Onder leiding van: Sous la conduite de: - Avocat général Léon Oldenhove de Guertechin - Kolonel MAB Dr. Robert Gerits - Colonel d'Aviation BEM Hre Robert Remacle - Majoor Hans De Tant |
| 13.00 – 14.10 | Lunch |
| 14.15 – 15.00 | Voorstellen van de werkgroepen – Propositions des groupes de travail Eén verslaggever per werkgroep – un rapporteur par groupe de travail |
| 15.00 – 16.00 | Plenaire discussie – discussion plénaire |
| 16.00 – 16.30 | Conclusions - Besluiten Conseiller général Christian Gossiaux, JMLEGAD |

Inhoudstabel

Table des matières

Robert Rémacle

Col d'Avi BEM hr

Mot d'introduction à la journée d'étude du 18 octobre 2010

Le but de cette courte introduction est de vous retracer brièvement la genèse du projet de texte complétant la loi du 14 janvier 1975 portant Règlement de discipline militaire en ce qui concerne l'objection à l'exécution d'ordres manifestement criminels, projet que vous allez analyser aujourd'hui, et de rappeler les lignes directrices suivies par le groupe de réflexion qui l'a conçu.

Le devoir de « désobéissance » titrait l'Eurogazette en septembre 1999 en évoquant le projet dont il est question aujourd'hui. Le titre peut paraître choquant dans le milieu militaire. Je trouve d'ailleurs personnellement ce terme inadapté lorsqu'il s'agit d'une action résultant de l'application d'un principe légal.

Au siècle passé et bien avant encore, la formation des militaires a toujours mis l'accent sur la notion d'obéissance. On parlait même souvent d'obéissance « aveugle » à l'ordre reçu du supérieur, seule justification évoquée par les auteurs de crimes de guerre notamment lors du procès des criminels de guerre de Nuremberg.

L'opinion publique et peut-être même celle de certains militaires, n'avait manifestement pas changé, au début des travaux si l'on en croit ce qu'écrit Hugues Dorzée dans le Soir du 8 août 2001, « *Un soldat, c'est bien connu, ne peut pas désobéir. L'ordre « formel et militaire » (befehl ist befehl), il l'exécute. « Dans le cas contraire, il prend le chemin de l'insubordination »* ajoute le journaliste.



Après la Seconde Guerre mondiale pourtant, une doctrine qui rejetait la théorie de l'obéissance inconditionnelle avait vu le jour. Aujourd'hui de nombreuses législations nationales ont repris le principe de Nuremberg suivant lequel : « *le fait d'avoir agi sur ordre de son gouvernement ou de 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* », nous rappelle le professeur Verhaegen à l'occasion d'une conférence donnée lors de l'ouverture de l'année académique du Séminaire de droit militaire et de droit de la guerre, le 30 octobre 1998.

Néanmoins, ce principe pourtant essentiel pour le respect du droit des conflits armés notamment, n'a jamais été repris dans les Conventions de Genève ni dans le Protocoles additionnel I. C'est le résultat de la réticence de certains Etats.

C'est ainsi que j'ai pu constater à l'Institut international de droit humanitaire à San Remo, que, dans certains pays encore, le principe du refus d'exécuter un ordre illégal n'était pas repris dans leur règlement sur la discipline militaire.

Notre propos aujourd'hui concerne donc l'exécution et non les ordres, eux-mêmes, pouvant « manifestement » entraîner la commission d'un crime ou d'un délit¹. Remarquons que si les violations de la loi pénale – CP et CPM- sont possibles en toutes circonstances – en temps de paix comme en temps de guerre - et dans différents domaines, les exemples les plus marquants relèvent toutefois du droit des conflits armés.

La deuxième Guerre mondiale, les guerres coloniales, les conflits récents en ex-Yougoslavie, en Irak et en Afghanistan foisonnent d'exemples. Ceux-ci sont d'ailleurs largement dénoncés dans les medias et les tribunaux pénaux internationaux ont sanctionné les auteurs d'un certain nombre de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité et de génocide.

Comme je l'ai dit, il existe, dans les manuels militaires de nombreux pays, des limites légales au devoir d'obéissance. En Belgique, le principe de la responsabilité personnelle du subordonné dans l'exécution d'un ordre criminel a été introduit dans le nouveau Règlement de discipline militaire de 1975, en fait la loi du 14 janvier 1975. Il reconnaît à tout militaire, quelque soit son rang, l'obligation de ne pas exécuter un ordre *manifestement* illégal à savoir un ordre qui pourrait entraîner la perpétration un crime ou un délit *.

1. Règlement de discipline (A2) – Loi du 14 janvier 1975

18. Conditions de validité de l'ordre (Art.11 §2)

- a. L'ordre doit émaner d'un supérieur identifié avec certitude.
- b. L'ordre doit avoir pour objet le service
- c. L'ordre doit être légal ; un ordre ne peut entraîner la perpétration d'un crime ou d'un délit.

20. Exécution

- a. Les militaires doivent exécuter fidèlement et dans les délais imposés les ordres qui leur sont donnés par leurs supérieurs dans l'intérêt du service (Art 11 §2).
- b. Un ordre ne peut cependant être exécuté si cette exécution peut entraîner manifestement la perpétration d'un crime ou d'un délit (Art 11 §2).
- c. Commentaire

L'EMG avait introduit le commentaire suivant dans le règlement :

- (1) Le subordonné qui néanmoins exécute l'ordre est justifié s'il ne savait pas que l'ordre était illégal à moins que cette illégalité ne fût « manifeste ». Ce terme doit certainement faire l'objet d'une explication lors de l'enseignement.
- (2) « Le supérieur qui donne un ordre pouvant entraîner la perpétration d'un crime ou d'un délit porte la « responsabilité » de l'exécution de cet ordre. »

« En cas d'opération armée, le supérieur est justifié (de l'ordre illégal) s'il est établi que, dans les circonstances dans lesquelles il s'est trouvé, il ne pouvait agir autrement pour sauvegarder un intérêt vital devant un mal grave et imminent, des intérêts qu'il

¹ Toute violation de la loi pénale (CP ou CPM) sanctionnée par une peine est une infraction. Le code pénal classe les infractions en fonction de la gravité des peines qui leur sont attachées :

- le crime est l'infraction que les lois punissent d'une peine criminelle ;
- le délit est l'infraction que les lois punissent d'une peine correctionnelle
- la contravention est l'infraction que les lois punissent d'une peine de police.

avait le devoir ou qu'il était en droit de sauvegarder prioritairement à ceux qui ont été sacrifiés par son acte ». On parle ici d' « intérêt vital de la nation ».

Comme l'écrivait le professeur Jean Temmerman, qui fut au cours de la Seconde guerre mondiale officier parachutiste SAS : « Souvent des élèves de l'ERM ont objecté à mes leçons sur le droit de la guerre : « mais la mission prime tout » ! « J'espère les avoir convaincu du contraire », ajoute-t-il.

Ces deux dispositions sont en contradiction totale avec le droit international et la loi belge du 16 juin 1993 en son article 5 puis à l'article 136 octies de la loi du 05 août 2003:

§1 « Aucun intérêt aucune nécessité d'ordre politique, militaire ou national, ne peut justifier, [...] les infractions prévues dans la loi ».

§ 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 » au droit des conflits armés.

« Ce n'est qu'au terme de sept années d'interventions et de démarches de plusieurs professeurs d'universités auxquelles voulurent s'associer de hauts magistrats, des parlementaires et un professeurs de l'Ecole royale militaire, que fut finalement amendé le texte de ce commentaire » nous rappelle le professeur Verhaegen (1987).

21. Insubordination (pénalement punissable)

Pour qu'il y ait insubordination, cinq conditions sont requises.

Il faut qu'il y ait eu :

- (1) un ordre ;
- (2) un ordre d'un supérieur ;
- (3) un ordre qui ne puisse entraîner manifestement la perpétration d'un crime ou d'un délit ;
- (4)
- (5)

En effet, n'oublions pas qu'au départ, il y a un « ordre » et donc un chef qui, quelque soit son rang hiérarchique, n'a pas le droit de donner des « ordres illégaux ». Chaque militaire est tenu à l'heure actuelle de respecter les lois de son pays, les lois du pays d'accueil et les conventions internationales adoptées par son pays, sans oublier les règles du droit coutumier.

La position du subordonné qui reçoit un ordre illégal est bien difficile, particulièrement en opérations surtout en ce qui concerne le droit des conflits armés mais pas uniquement.

Comment s'y prendre pour manifester son intention de ne pas exécuter un ordre illégal ? Quelle sera la réaction du chef devant cette attitude ? Autant de questions auxquelles il faut apporter une réponse

La multiplication des opérations militaires à l'étranger ne réduit plus cette hypothèse à un simple cas d'école.

« La règle contenue dans le Règlement de discipline (devoir de ne pas exécuté un ordre illégal) est irréprochable mais risque bien de n'exercer aucune action préventive véritable de crime de guerre, si dans 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 » écrit le professeur Verhaegen. L'obéissance passive est apparue, a déclaré Albert Speer à Nuremberg, comme un des plus grands pourvoyeurs de crimes de guerre.



C'est la raison pour laquelle un groupe de réflexion a été mis sur pied par le Séminaire de droit militaire et de droit de la guerre en 2000. Il était composé de l'avocat-général André Andries, du professeur émérite Jacques Verhaegen, du substitut de l'auditeur général près la cour militaire Guy Waillez, et du LtCol d'Avi BEM Remacle, directeur du Séminaire sous le patronage de son président, Jean-Yves Mine, auditeur-général près la cour militaire.

Le groupe de réflexion avait été chargé de proposer une procédure qui permettrait au militaire d'exprimer légalement son désir ou même sa volonté de ne pas exécuter un ordre illégal. Il s'agissait en fait de combler une lacune. Le militaire belge était pratiquement dans l'incapacité d'exprimer cette contradiction entre la « nécessité de la discipline militaire » et l'éventuelle nécessité de « devoir refuser l'exécution d'un ordre illégal ».

Le projet a été soumis à la critique d'un groupe d'officiers supérieurs, professeurs à l'IRSD. Il est apparu durant nos réunions que plusieurs officiers n'avaient jamais eu l'occasion d'approfondir le sujet, alors qu'ils pourraient se retrouver dans les deux situations (supérieur ou subordonné). Vous jugerez-vous-même ce qu'il en est dans votre cas.

Finalisé, le projet a été présenté au Conseil d'administration et à l'Assemblée générale du Séminaire. Après approbation, le projet de texte complétant la loi du 14 janvier 1975 portant Règlement de discipline militaire (en ce qui concerne l'objection à l'exécution d'ordres manifestement criminels) a été transmis au ministre de la Défense, le 18 juillet 2001, alors que le Règlement de discipline était en cours de révision.

Aucune suite ne fût donnée et le règlement de discipline modifié à trois reprises !

Examinons rapidement les versions du Règlement sur la discipline militaire postérieures à 1975, soit en 1991, 2006 et en 2009.

A part quelques changements dans la forme, on peut constater que le texte du règlement de 1975 est le mieux structuré et le plus clair.

Dans les versions ultérieures :

- Au paragraphe « définition » où la phrase : **L'ordre doit être légal ; un ordre ne peut entraîner la perpétration d'un crime ou d'un délit** » a été remplacée par la phrase précédemment inscrite dans le paragraphe « exécution » : **« Un ordre ne peut cependant être exécuté si cette exécution peut entraîner manifestement la perpétration d'un crime ou d'un délit. »**. Vidant le paragraphe « Exécution » d'une partie de son contenu. Or c'est bien d'exécution qu'il s'agit ici.
- Au paragraphe relatif à l'insubordination la condition suivante : **« un ordre qui ne puisse entraîner manifestement la perpétration d'un crime ou d'un délit »** a disparu. Probablement que le texte précédent a semblé être suffisant. Dans le règlement de 2009, les conditions précises pour qu'il y ait « insubordination » ont disparus.
- On peut toujours regretter qu'aucun de ces règlements ne prévoient une procédure d'exécution du devoir qu'a le subordonné de ne pas exécuter un ordre manifestement illégal.

- Ces autres versions du Règlement de discipline n'ont donc guère amélioré la mise en œuvre du principe général.



Pour essayer de pallier à cette lacune, le conseil d'administration du Centre d'étude a accepté en octobre 2006, ma proposition de réintroduire ce projet compte tenu notamment du fait qu'un nouvel examen du Règlement de discipline était en cours.

Un nouveau groupe de réflexion a été constitué. Le composait MM. De Tant Hans - juriste à la chaire de droit de l'ERM, Gerits Robert - colonel juriste à la DGJM, Oldenhove Léon - avocat général près la cour d'appel de Mons, Verhaegen Jacques - professeur émérite de l'ULB et Remacle Robert, colonel d'aviation BEM Hr.). Il a été chargé d'actualiser le projet. Ce qu'il fit en 2008-09.

Le texte final a été adopté par consensus par l'ensemble des membres et a été remis au président du Séminaire devenu entretemps le Centre d'étude du droit militaire et du droit de la guerre. Le président, M. Van der veken, a décidé de le faire examiner par les membres du séminaire annuel à l'occasion d'une de ses journées d'étude.

Le projet finalisé sera alors envoyé au ministre de la Défense en espérant cette fois qu'il lui réservera un bon accueil.

Pour terminer, je voudrais attirer votre attention sur certains points pris en considération lors de l'étude du projet par le groupe de réflexion

1. En ratifiant les Conventions de Genève et le Protocole additionnel I, la Belgique s'est engagée à respecter et à faire respecter ces textes « en toutes circonstances ».
Le devoir de « respecter » comporte celui de les faire respecter par ses autorités civiles et militaires, les membres de ses forces armées et, de façon générale, l'ensemble de la population.
« En toutes circonstances » signifie qu'il est interdit à l'Etat d'invoquer quelque raison que ce soit, d'ordre juridique ou autre, pour ne pas les respecter.
2. Les membres du groupe étaient et restent convaincus qu'une procédure relative au devoir de refuser d'exécuter un ordre manifestement illégal (donc pouvant entraîner la commission d'un crime ou d'un délit), serait de nature à favoriser, au sein des forces armées, le respect des lois et en particulier du droit international des conflits armés auquel l'Etat belge a souscrit.
3. Partant du fait que tout refus d'exécuter un ordre pouvait être considéré comme une « désobéissance », il a été considéré que l'absence de procédure pouvait mener à des conflits entre supérieurs et subordonnés menant à des accusations d'insubordination justifiées ou non.
4. Il a été tenu compte également que la présomption de légalité de l'ordre du supérieur, c.-à-d. le respect de la loi par celui-ci, découle d'une discipline fondée sur la confiance qu'a le subordonné en son supérieur, et doit rester présente dans l'esprit du subordonné ce qui peut toutefois avoir pour résultat d'influencer son jugement.
5. De plus les déclarations, un peu téméraire, de certains chefs militaires déclarant porter toute la responsabilité de l'exécution de son ordre fût-il illégal, n'exonèrent pas le subordonné de sa responsabilité donc ne peut pas, en l'occurrence, « dédouaner » celui-ci.
6. Il s'agissait donc de trouver un compromis entre l'obéissance aux ordres reçus et le respect du principe fondamental du devoir, repris dans le règlement sur la discipline militaire, de ne pas

exécuter un ordre pouvant entraîner manifestement la commission d'un crime ou d'un délit. Principe qui n'est évidemment pas remis en cause.

7. Enfin, il fallait également éviter autant que possible les abus dans l'usage de la procédure, abus qui pourraient entraîner certains problèmes pour la justice et pour la discipline.

Le sujet est très vaste mais vous aurez l'occasion de poser des questions aux présidents des différents groupes de travail qui ont une grande compétence en la matière et ont participé activement à l'élaboration du projet.

Stanislas Horvat

Professor

Leerstoel Rechten

Koninklijke Militaire School

Inleiding



Studiecentrum voor Militair Recht & Oorlogsrecht
Centre d'étude de Droit militaire & et Droit de la Guerre
Workshop 18/10/2010

Bezwaar tegen de uitvoering
van bevelen die kennelijk het
plegen van een misdaad of
wanbedrijf kunnen
meebrengen

Hiërarchische gehoorzaamheid
(Bevel van een meerdere)

Bevel meerdere

- Art. 11 § 2 W. 14/01/1975: getrouwe uitvoering bevel
- Art. 28 Mil.Sw.: insubordinatie

- Art. 152 & 260 Sw.: bevel = verschoning
- Art. 70 Sw.: bevel overheid = verschoning

Bevel meerdere

Art. 11 § 2, al. 1 W. 14/01/1975:

*De militairen moeten getrouw de bevelen uitvoeren, die hun door hun meerderen in het belang van de dienst worden gegeven.
(...)*

Bevel meerdere

Art. 28 Mil.Sw.:

De militair die weigert aan de bevelen van zijn overste te gehoorzamen, of er zich met opzet van onthoudt die uit te voeren wanneer hij met een dienst is belast, wordt met afzetting gestraft indien hij officier is; met drie maanden tot drie jaar militaire gevangenis, indien hij onderofficier, korporaal, brigadier of soldaat is.

In oorlogstijd en bij het werkdadig leger,

Werd de daad gepleegd tegenover de vijand, ...

Voorschrift van de wet & bevel van de overheid

Art. 70 Sw. (verschoningsgrond):

“Behoudens wat de misdrijven betreft, zoals bepaald in boek II, titel Ibis [= ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht], is er geen misdrijf wanneer het feit door de wet voorgeschreven is en door de overheid bevolen is”.

Verschoningsgrond: bevel meerdere

Art. 152 Sw.:

Indien de verdachte bewijst dat hij heeft gehandeld op bevel van zijn meederen, in zaken die tot hun bevoegdheid behoren en waarin hij hun als ondergeschikte gehoorzaamheid verschuldigd was, worden de bij de vorige artikelen bepaalde straffen alleen toegepast op de meederen die het bevel hebben gegeven.

Verschoningsgrond: bevel meerdere

Art. 260 Sw.:

Wanneer een openbaar officier of ambtenaar, een drager of agent van de openbare macht enige handeling strijdig met een wet of met een koninklijk besluit heeft bevolen of verricht, blijft hij vrij van straf indien hij bewijst dat hij heeft gehandeld op bevel van zijn meederen, in zaken die tot hun bevoegdheid behoren en waarin hij hun als ondergeschikte gehoorzaamheid verschuldigd was, in welk geval de straf alleen wordt toegepast op de meederen die het bevel hebben gegeven.

Bevel van de meerdere

- Band van ondergeschiktheid
- Opdracht binnen bevoegdheden v. meerdere
= niet enkel betrekking op de dienst, ook inherent aan de functie
- Op niet-foutieve wijze uitgevoerd

Niet manifest onwettig...

Bestanddelen van de insubordinatie

Verbod om onwettig bevel uit te voeren :

- Neurenbergprincipe
- art. 11 § 2 W. 14/01/1975
- art. 136octies§ 2 Sw.

Geen misdaad/wanbedrijf genereren

Art. 11 § 2 W. 14/01/1975:

De militairen moeten getrouw de bevelen uitvoeren, die hun door hun meerderen in het belang van de dienst worden gegeven. Een bevel mag nochtans niet worden uitgevoerd wanneer deze uitvoering kennelijk het plegen van een misdaad of een wanbedrijf kan meebrengen.

Geen misdaad/wanbedrijf genereren

Art. 136octies § 2 Sw.:

Dat de schuldige op bevel van zijn regering of van zijn meerdere heeft gehandeld, ontslaat hem niet van zijn verantwoordelijkheid indien, in de gegeven omstandigheden, het bevel duidelijk het plegen van een van de misdrijven bedoeld in de artikelen 136bis, 136ter en 136quater ten gevolge kon hebben.

(voorheen art. 5, al. 2 W. 16/06/1993, opgeh. W. 05/08/2003)

Geen misdaad/wanbedrijf genereren

Plicht manifest onwettige bevelen te weigeren:

- Kr. Luik 20/11/1972 (6 *paracommando's*)
- US Court Martial Lt Calley 29/03/1971 & US Court of Military Appeals 21/12/1973 (*My Lai*)

Geen misdaad/wanbedrijf genereren

Samengevat :

Een bevel mag niet worden uitgevoerd wanneer :

- uitvoering kennelijk het plegen van een misdad of een wanbedrijf kan meebrengen
- bevel duidelijk het plegen van een van de misdaden IHR ten gevolge kan hebben

Problemen...

Problemen...

- Onwettig bevel niet uitvoeren
-> *hoe* weigeren?

Problemen...

- "**kennelijk**" = moet er zich rekenschap van geven dat het bevel onwettig is
 - Dwaling (opleidingsniveau ondergeschikte)
 - "*Ik dek u voor de gevolgen*"...
 - "*Ik ben de baas, ik ken mijn job*", bv. *Offr-arts geeft verpleger bevel behandeling te stoppen*
 - Verstandhouding Offr/OOffr onderling

Problemen...

- “**kennelijk**” -> nagaan of bevel onwettig is?
 - Goede trouw/vertrouwen op Info: *bv. bombarderen op grote hoogte, vernietigen “gekaapte” tankwagens*
 - Contact nemen met LEGAD bij twijfel? (<> “getrouw” uitvoeren); vertraagd uitvoeren?
 - Mag/moet LEGAD tussenkomen na bevel Offr dat hij onwettig vindt?
 - Mag Ctl wettigheid bij overste v. bevelgever?

Problemen...

- plegen van een misdaad of een wanbedrijf: quid **overtreding**?
 - Offr geeft chauffeur bevel te snel te rijden
 - C.mil. 24/01/1989: *“Même lorsque mission a été donnée par l’Aut compétente de rouler à une vitesse plus élevée que celle autorisée, l’intéressé n’est pas relevé de l’obligation générale de prudence, qui l’oblige à éviter un accident”*

Problemen...

- bevel voor de **dienst**?
 - [Art. 8 W. 14/01/1975](#): *“Het bevel moet op de dienst betrekking hebben, dit wil zeggen op de uitvoering van de opdrachten welke op grond van zijn staat of van zijn ambt rusten op de militair die het bevel krijgt”.*
 - Bevel te snel rijden?

Problemen...

- **Dwang?**

- Militair die bevel uitvoert omdat hij zelf bij niet-uitvoering van bevel met dood wordt bedreigd

- Erdemovic-zaak ICTY 1996:

The standards for duress, as established in the Krupp case, were that the act threatened must be immediate and serious, that there was no means of escape, and that the act committed was not disproportionate to the act threatened.

Problemen...

- Wat met **algemene artikel** insubordinatie?

- > Aanpassing art. 28 Sw.

- Wat met **algemene artikels** hiërarchische gehoorzaamheid voor niet-militairen?

- > Aanpassing art. 152 en 260 Sw.

Ontwerp van wet ter aanvulling van de wet van 14 januari 1975 houdende het tuchtreglement met betrekking tot het bezwaar tegen de uitvoering van bevelen die kennelijk het plegen van een misdaad of een wanbedrijf kan meebrengen

MEMORIE VAN TOELICHTING

In het Belgisch recht vindt de theorie van de uitvoerbare kracht van het bevel van de autoriteit haar algemene wettelijke basis in het Strafwetboek van 1867. In artikel 70 van dit Wetboek wordt de regel bekrachtigd, volgens welke alleen het wettelijke bevel van de autoriteit als objectieve rechtvaardiging geldt voor degene die bij de uitvoering ervan formeel een feit zou plegen dat door de wet **als** misdaad of wanbedrijf wordt omschreven. Deze rechtvaardigingsgrond leidt ertoe het gepleegde feit van zijn karakter van strafbaar feit te ontdoen en het geoorloofd te maken. Het Hof van Cassatie had al de gelegenheid gehad om deze regel toe te passen in een arrest dat dateert van 27 juli 1891 (Pas. 228. Zaak Sarton).

De artikelen 152 en 260 van hetzelfde Wetboek stellen echter een verschoningsgrond in , die dit keer enkel een invloed heeft op de toepassing van de straf, in de gevallen waarin de ondergeschikte onwettige bevelen uitvoert, voor zover deze zich niet bewust was van die onwettigheid. De basisidee is hier dat de goede werking van het hiërarchische principe vereist dat de ondergeschikte mag en moet geloven dat de bevelen die hij van zijn meerderen ontvangt, wettig zijn, zolang het tegenovergestelde niet duidelijk voor hem blijkt.

Het probleem vertoont bijzondere aspecten in het geval van het militair bevel, waarvan de uitvoering zonder mogelijke discussie bij de Krijgsmacht lange tijd werd beschouwd als essentieel element voor de militaire doeltreffendheid. Nochtans was de plicht om gehoorzaamheid te weigeren aan militaire bevelen **die kennelijk het plegen van een misdaad of een wanbedrijf kunnen meebrengen** in België al vastgelegd in de « *Principes généraux du droit pénal belge* » van J. J. Haus, de belangrijkste auteur van ons Strafwetboek ² alsook in « *Commentaire du code pénal militaire* » van Moreau & Dejongh ³ en in « *Manuel de droit pénal militaire* » van Goedseels ⁴.

Op het proces van de hooggeplaatste nazileiders voor het Internationaal Militair Tribunaal in Neurenberg is duidelijk gebleken tot welke gruwelijke oorlogsmisdaden het principe van de passieve gehoorzaamheid, opgelegd aan de militairen, kan leiden. In zijn vonnis had het Tribunaal, onder verwijzing naar artikel 8 van zijn statuut, als volgt besloten: « **het echte criterium op het vlak van de strafrechtelijke aansprakelijkheid hangt geenszins samen met het gekregen bevel. Het berust op de morele vrijheid, op het vermogen bij de dader van het ten laste gelegde feit om te kiezen** » (Proces van de grote oorlogsmisdadigers – Officiële documenten Neurenberg 1947, V,1,236).

De openbare aanklager was zo verstandig geweest om te preciseren dat de toepasselijkheid van de door hem in herinnering gebrachte regels zich niet beperkte tot het Duitse Derde Rijk, maar een universeel karakter had en het is in heel algemene bewoordingen dat Sir Hartley Shawcross, die de

² « Het sociale gezag kan niet eisen dat men gehoorzaamt aan de bevelen van zijn ambtenaren, wanneer zij een flagrante onwettige daad bevelen (...). De verantwoordelijkheid van de militairen onder de wapens is dezelfde als die van de burgerambtenaren. In beide gevallen zijn zij schuldig, wanneer zij een bevel hebben uitgevoerd, waarvan het misdadige karakter voor hen duidelijk moest lijken ... » (op. cit., 1879, n°612 en 613).

³ « ...de meerdere heeft niet het recht zijn ondergeschikte te bevelen een overtreding te begaan. En dergelijk bevel is onwettig; bijgevolg hoeft de ondergeschikte daaraan geen gevolg te geven. Sterker nog, als hij gehoorzaamt, wetende dat het bevel onwettig is, begaat hij een feit dat zowel door het natuurlijke recht als door de strafwet wordt afgekeurd ... » (op. cit., 1880 n°193)

⁴ « Het plegen van een misdaad of wanbedrijf is nooit een militaire plicht en ongehoorzaamheid zou in dat geval veeleer een moedige daad zijn dan een wanbedrijf » (op. cit. 1917, n°82).

aanklacht voor het Verenigd Koninkrijk naar voren bracht, op de zitting van 4 december 1945 verklaarde dat « zelfs de gewone soldaat die in het leger van zijn land dient, niet verplicht is te gehoorzamen aan onwettige bevelen » .

Sedertdien konden, zelfs in democratische landen, oorlogsmisdaden worden gepleegd doordat ondergeschikten geen bezwaar maakten tegen de uitvoering van klaarblijkelijk onwettige militaire bevelen, en dit ondanks de meest dwingende verboden van het recht van de gewapende conflicten: iedereen heeft dergelijke flagrante gevallen in geallieerde landen voor ogen, maar ook ons land is daarvan niet gespaard gebleven (zie not. Krijgsraad van Brussel 18 mei 1966. *Tijdschrift voor Militair Recht en Oorlogsrecht*, t.VIII-I, 1969, p.97).

Nadat de Belgische wetgever het principe van de persoonlijke verantwoordelijkheid bij de uitvoering van een misdadig bevel in artikel 3 van de wet van 20 juni 1947 heeft vastgelegd ten aanzien van Duitse oorlogsmisdadigers, heeft hij het ook uitdrukkelijk opgenomen in artikel 11, §2 van de wet van 1 januari 1975.

Nochtans werd al in 1957 een zekere ongerustheid in het militaire milieu tot uiting gebracht aangaande het « tragische dilemma waarmee soldaten zouden kunnen worden geconfronteerd: ofwel gehoorzamen aan hiërarchische meerderen en het risico lopen te worden berecht als oorlogsmisdadiger, ofwel weigeren te gehoorzamen en het risico lopen te worden berecht voor insubordinatie in aanwezigheid van de vijand » (Kolonel V. Werner, *Criminels de guerre et subordination internationale*, *Rev. Mil. Générale*, februari 1957, 244).

In Frankrijk had Jean-Jacques Servan-Schreiber zich in zijn boek getiteld « Lieutenant en Algérie » uit 1958 tegen de louteringsprocessen verzet, waarmee de bewindslieden hun geweten wensten te sussen door enkele beulen van de koloniale oorlog« voor het principe » te laten straffen: « U plaatst mensen in een systeem dat hen automatisch tot misdadige reacties brengt. U constateert die reacties. Moet er gestraft worden ? In principe uiteraard. Maar daarna ? Anderen worden even onvermijdelijk ertoe gebracht dezelfde daden te plegen, en nog erger; met daarenboven het gevoel van onrecht en veel verbittering ... De slachtoffers van die toestanden veroordelen, alsof zij ervoor verantwoordelijk waren, is natuurlijk lafheid aan de incompetentie toevoegen.»

Na de akkoorden van Evian, waardoor Algerije in 1962 de onafhankelijkheid verkreeg, keurde Frankrijk in oktober 1966 een « Règlement de discipline générale dans les armées » goed, waarvan artikel 22 een nieuwe bepaling invoerde ter bescherming van de ondergeschikte tegen de risico's van de weigering om onwettige bevelen uit te voeren, waarbij in herinnering werd gebracht dat de plicht tot gehoorzaamheid de ondergeschikte nooit ontslaat van de verantwoordelijkheden die ten aanzien van de wet op hem rusten.⁵

In een vroegere publicatie (Fascicule « *Commission Armées-Jeunesse* » Parijs 1963-1964, nr. 11) wees het Franse Ministerie van Defensie erop dat de garanties tegen de willekeur die aldus zouden worden ingevoerd, hun rechtvaardiging vonden in de vaststelling dat, in het licht van de Algerijnse Oorlog, het principe van de passieve en onvoorwaardelijke gehoorzaamheid geen rekening kon

⁵ Art 22. (...) Onder voorbehoud van de artikelen 114, §2 en 190 van het Strafwetboek, zal de ondergeschikte, die een bevel uitvoert dat de verrichting van een onwettige daad, waarvan sprake in artikel 21 van dit reglement, voorschrijft, strafrechtelijk en tuchtrechtelijk volledig aansprakelijk zijn.

Als de ondergeschikte denkt te maken te hebben met een dergelijk bevel, heeft hij de plicht zijn bezwaren te kennen te geven aan de Autoriteit, die het bevel heeft gegeven, onder uitdrukkelijke vermelding van de onwettige strekking die hij aan het betwiste bevel toekent.

Als het bevel gehandhaafd blijft en als de ondergeschikte, ondanks de uitleg of de interpretatie die hem ervan wordt gegeven, volhardt in zijn betwisting, vraagt hij, vóór iedere uitvoeringsmaatregel, een uitspraak van de Autoriteit van de hogere echelons die hij kan bereiken.

Bij ontstentenis van die laatste mogelijkheid of als het bevel, hoewel het door de hogere Autoriteit werd bevestigd, hem nog altijd onwettig schijnt, kan de ondergeschikte het bevel niet uitvoeren, zonder evenwel ontslagen te zijn van de sancties waartoe die niet-uitvoering zou kunnen leiden in het geval, waarin die niet-uitvoering naderhand niet zou kunnen worden gerechtvaardigd door een exacte beoordeling van het onwettige karakter van het betwiste bevel.

houden met de morele geboden en ook niet met de vereisten zelf van de moderne militaire actie en met de evolutie van de jeugd die daaraan moet deelnemen (pp.8, 10, 40 en 41).

In België werd in het tuchtreglement van 1975 geen rekening gehouden met de moeilijkheid voor de militair, die onder de druk van het gevecht een klaarblijkelijk onwettig bevel krijgt, om zich uit te spreken jegens degene die het bevel geeft, zonder het risico te lopen als muiter te worden beschouwd.

Het principe van Neurenberg zou dus kunnen neerkomen op bedrieglijke schijn, als de context, waarin de ondergeschikten optreden, hun praktisch geen mogelijkheid laat om te kiezen, tenzij van hun kant een riskant, heldhaftig gedrag te verwachten ten aanzien van het gegeven bevel.

Verschillende Belgische juristen, die gespecialiseerd zijn in het strafrecht van de gewapende conflicten, hebben eveneens hun bezorgdheid geuit over dat soort hypocrisie van de wetgevers die de toepassing van een hoogstaand moreel principe eisen van de militairen in de gruwelen van de oorlog en de uitvoerder de vanzelfsprekende psychologische problemen laten oplossen, welke die toepassing naar alle waarschijnlijkheid voor hem doet rijzen.

Aldus heeft professor J. Verhaegen artikel 22 van het nieuwe Franse tuchtreglement onder de aandacht van de Belgische verantwoordelijken gebracht in zijn dissertatie over « La protection pénale contre les excès de pouvoir et la résistance légitime à l'autorité » (Bruylant, Brussel, 1969, 285 en 286), waarna hij hen uitdrukkelijk opriep om in ons land eveneens een adequate procedure in het leven te roepen voor het weigeren van een bevel, waardoor tegelijkertijd de misbruiken van de *facultas resistendi* ten aanzien van de noodzakelijke tucht kunnen worden vermeden en de uitvoerder persoonlijk kan worden beschermd tegen de gevolgen van zijn gerechtvaardigde weigering (« L'ordre illégal et son exécutant devant les juridictions pénales », *Journ. Trib.* 1986, 450).

De evolutie van het internationale recht van de gewapende conflicten en het integreren ervan in het interne Belgisch recht hebben de problematiek van het klaarblijkelijk onwettige militair bevel ongetwijfeld aanzienlijk verduidelijkt, door de toelaatbaarheid van de rechtvaardigingsgrond van de « militaire noodzaken » nauwkeuriger af te bakenen. Het zijn *die* « noodzaken » die immers het argument vormden, waarmee de militaire chefs de scrupules van hun ondergeschikten meestal onderdrukten (zie not. P. Vidal-Naquet, « La torture dans la République », Ed. *Minuit* 1972, 167).

In de context van de gewapende conflicten konden de militaire noodzaken vrij ruim als rechtvaardigingsgrond in het Belgisch recht gelden tot de ratificatie van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, dat foltering en aantastingen van het recht op leven door onwettige oorlogsdaden onvoorwaardelijk verbiedt, zelfs « in tijd van oorlog of in geval van enige algemene noodtoestand, welke het bestaan van het volk bedreigt » (art. 15, §2), en daardoor alle bevelen die in strijd zijn met die verboden klaarblijkelijk onwettig heeft gemaakt.

Het onderricht in het recht van de gewapende conflicten kan dus iedere nieuwe rekrut wijzen op de oorlogsdaden die in geen geval kunnen worden gerechtvaardigd: « **men maakt nooit gebruik van de praktijk van gijzelneming, men valt nooit een vreedzame burgerbevolking aan, men brengt nooit een gevangene om die men in zijn macht heeft, men dwingt nooit iemand te praten onder foltering** » (J. Verhaegen, « Le refus d'obéissance aux ordres manifestement criminels », Séminaire de dr. mil. et de dr. de la guerre, ASBL, *Fascicule de la journée d'études du 30 octobre 1998* p.11). Die elementen van het internationaal recht werden bij artikel 12 van de wet van 05 augustus 2003 perfect geïntegreerd in de regels van het Belgisch recht met betrekking tot de bestraffing van de oorlogsmisdaden.

Maar die overwegingen maken het daarom nog niet overbodig om de rechtszekerheid te garanderen voor de uitvoerder die geconfronteerd wordt met een bevel dat hem klaarblijkelijk onwettig schijnt, verre van.

Wat zijn de bepalende redenen waarom de institutionalisering van een op dergelijke situaties toepasselijke procedure verder noodzakelijk blijft ?

In dat verband biedt de rechtspraak van het Militair Gerechtshof een argument dat afdoend zou moeten blijken, wanneer het stelt dat er geen toelaatbare rechtvaardigingsgrond is voor de uitvoering van een onwettig bevel, als de ondergeschikte geen enkel bezwaar heeft aangevoerd tegen de uitvoering ervan (Mil. Ger. 9 juni 1958, *Rev. dr. pén.* 1958, 285, nr. 48). Men moet de uitvoerder dus het recht toekennen om zijn bezwaren op het vlak van de wettelijkheid aan te voeren via een geëigende formule die hem aan geen enkel risico op een sanctie blootstelt. Deze rechtspraak kwam er na het arrest van het Hof van Cassatie van 22 juli 1949 (Pas. 561) dat in het geval van Duitse oorlogsmisdadigers al had beslist dat « **degene die het misdadige karakter van het door hem ontvangen bevel kende, en wel dusdanig dat hij verklaarde dat het hem afkeer inboezemde en dat hij erdoor geschokt was en die toch niets heeft ondernomen om zich aan de uitvoering ervan te onttrekken, zich niet kan beroepen op de rechtvaardigingsgrond die wordt ontleend aan het bevel van de autoriteit en uit de dwang** ».

In dat opzicht dient men de elementen in beschouwing te nemen die er, in de militaire eenheden in operatie, toe neigen de idee van een soort van fataliteit van de stilzwijgend aanvaarde oorlogsmisdaad aannemelijk te maken: de druk van het groepsconformisme die over het algemeen aanwezig is in sterk hiërarchisch opgebouwde structuren, de specifiekere behoefte aan solidariteit tussen strijders in de gevaarlijke actie en het begrijpelijke wantrouwen van de soldaat jegens degenen die geen gevechtssituaties hebben meegemaakt. Een realistisch en coherent rechtssysteem moet dus uitdrukkelijk een dergelijke neiging tegengaan, door de leden van de Krijgsmacht, *vóór* de actie, gedragsregels te verschaffen, die hen kunnen helpen bij het doeltreffend bestrijden van dat type misdaad dat nog al te vaak zware verliezen berokkent aan de mensheid.

Het zou betekenen dat men weinig waarde hecht aan de waardigheid van de soldaten-burgers van een democratische staat indien men zou twijfelen aan hun capaciteit om een misdadige beslissing te dwarsbomen, zelfs als een dergelijke beslissing op psychologisch vlak vaak gemakkelijk zou kunnen worden verklaard in de welbekende context van het mimetische geweld. Terwijl sommige historici de soldaten van het Duitse Derde Rijk verwijten dat zij « gewillige beulen », vurige voorvechters van de nazipolitiek zijn geweest, zou het ontmoedigend zijn te geloven dat andere soldaten hun eer niet ten dienste zouden kunnen stellen van wetten die op de essentiële rechten van de menselijke persoon zijn gebaseerd.

Een andere reden waarom de ondergeschikte gemakkelijker uiting geeft aan zijn perceptie van de onwettigheid van een ontvangen bevel houdt verband met de huidige frequentie van multinationale militaire operaties die de Belgische contingents confronteren met de mogelijkheid onder het commando te worden geplaatst van officieren die deel uitmaken van de krijgsmacht van een land dat niet alle internationale verdragen heeft geratificeerd, waaraan zijzelf zijn onderworpen, en meer bepaald dergelijke belangrijke instrumenten op het stuk van het recht van de gewapende conflicten zoals de Aanvullende Protocolen van 1977 bij de Verdragen van Genève van 1949. Men mag niet uit het oog verliezen dat dit het geval is voor grote westerse mogendheden die vaak een belangrijke rol vervullen bij dergelijke operaties.

De Belgische militairen blijven onder alle omstandigheden onderworpen aan hun nationale wetgeving; zij mogen dus geen bevelen uitvoeren die, op basis van die nationale wetgeving, het plegen van een misdaad of wanbedrijf inhouden. Het wordt hun verboden door hun wetgeving, ook al zou dat niet het geval zijn op basis van de nationale wetgeving van de officier die het bevel over hen voert. Het begrip meerdere, waarvan sprake in de bepalingen van het Belgische Militair Strafwetboek met betrekking tot de insubordinatie, verwijst trouwens enkel naar de hiërarchie van de Belgische Krijgsmacht.

Ten slotte zet de oprichting van het Internationaal Strafhof, waarvan België het statuut heeft geratificeerd, het Parlement ertoe aan om alle nuttige wetgevende maatregelen te treffen, teneinde zoveel mogelijk te voorkomen dat leden van onze Krijgsmacht internationale misdaden plegen. Als

dergelijke feiten bij dit internationale rechtscollege aanhangig zouden worden gemaakt, zouden zijn vonnissen, die over de hele wereld worden verspreid, een smet kunnen werpen op de humanitaire reputatie van ons land.

Deze bewustwording van de morele moeilijkheden waarmee de uitvoerders van onwettige bevelen af te rekenen krijgen, komt thans zeer openlijk naar voren in de werkzaamheden van de experten in militair recht; de aanbevelingen die in mei 1997 zijn goedgekeurd op het congres in Athene van de Internationale Vereniging voor Militair Recht en Oorlogsrecht, een adviesorgaan van de Verenigde Naties, zijn daar onbetwistbaar de uitdrukking van. Het 2de lid van paragraaf C.2 van deze aanbevelingen die bestemd zijn voor de verantwoordelijken voor het opstellen van de nationale wetgevingen, luidt als volgt:

« De militaire reglementen zouden moeten voorzien in een procedure waarmee de ondergeschikten, zonder nadeel voor hen en met inachtneming van de tucht, hun recht en hun plicht kunnen uitoefenen om niet te gehoorzamen aan bevelen waarvan de uitvoering kennelijk de uitvoering van een oorlogsdaad kan meebrengen » (Recueils de la Société internationale de droit militaire et de droit de la guerre, t. XIV, vol 1, Brussel 1999, 355).

Op zijn studiedag van 30 oktober 1998 heeft de Belgische groep van deze internationale vereniging gevolg gegeven aan deze aanbeveling door zijn goedkeuring te hechten aan een studie met het oog op de invoering van een dergelijke procedure in ons nationaal recht. Daartoe werd een werkgroep belast met de voorlegging van een voorontwerp van wet in die zin (ASBL Séminaire de droit militaire et de droit de la guerre, Sessie 1998-1999, Fascicule « *Le refus d'obéissance aux ordres manifestement criminels* ». pp. 10 tot 13).

COMMENTAAR MET BETREKKING TOT HET ENIG ARTIKEL

Eerste lid

Het probleem van het onwettige bevel doet zich aan de ondergeschikte voor als een conflict van plichten en houdt voor hem het risico in van zware sancties, ofwel wegens insubordinatie, ofwel wegens de bevolen misdaad of het bevolen wanbedrijf (zie P. Papadatos « *Le problème de l'ordre reçu en droit pénal* », Genève 1964, 3e partie).

De Belgische wet van **14 januari 1975** heft dit conflict theoretisch op door onder de tegenstrijdige normen die norm te bepalen, welke de enige verplichte norm zal zijn.

De psychologische moeilijkheden die de betwisting van een bevel van welke meerdere dan ook echter doet rijzen, zullen gemakkelijker uit de weg worden geruimd, als meteen al blijkt dat de ondergeschikte daartoe bij wet wordt gedwongen en dat het niet gaat om een stap waartoe hij persoonlijk en willekeurig het initiatief zou nemen.

De ingevoerde procedure laat zich meteen als een « toepassing van het tuchtreglement » aanzien. Aldus wordt, nog voor de wettelijkheid van het bevel ter discussie wordt gesteld, duidelijk naar voren geschoven dat de ondergeschikte artikel **11, §2, 2de lid van de wet van 14 januari 1975** wenst na te komen.

De gebruikte formule van een « *verzoek tot bevestiging van de wettelijkheid van het bevel* » kan als volgt worden gerechtvaardigd:

De doeltreffendheid van de Krijgsmacht vereist natuurlijk dat al haar leden de strategische en tactische beslissingen, die de verantwoordelijken voor de operaties nemen, op coherente wijze uitvoeren. Dat is ook de reden waarom **§2 van artikel 11** van de wet van 14 januari 1975 begint met de nadrukkelijke verklaring dat de militairen getrouw de bevelen moeten uitvoeren, die hun door hun meerderen in het belang van de dienst worden gegeven.

De eed van gehoorzaamheid aan de wetten van het Belgische volk die de officieren bij hun indiensttreding afleggen, verplicht hen ertoe enkel bevelen te geven die in overeenstemming zijn met die wetten.

Daarom gaat de rechtsleer uit van de erkenning van een vermoeden van wettelijkheid van de bevelen : wanneer er twijfel bestaat, moet de ondergeschikte de wettelijkheid van het ontvangen bevel vermoeden (zie A. Andries, « Les limites, de la force exécutoire de l'ordre du supérieur en droit militaire belge », *Rev. dr. mil. et dr. de la guerre*, t. VIII -1, 1969, p.89 en noot 37).

De formule waarmee de ondergeschikte zijn bezorgdheid tot uiting zal moeten brengen met betrekking tot een bevel dat hem klaarblijkelijk misdadig lijkt, houdt dus rekening met dat vermoeden door gebruik te maken van een uitdrukkelijk verzoek tot *bevestiging* van de wettelijkheid van het bevel in kwestie, waarbij dat verzoek niet a priori een betwisting mag lijken van de autoriteit van degene die het bevel geeft.

De opleiding in het recht van de gewapende conflicten die alle categorieën van het militair personeel nu krijgen, moet iedere commandant theoretisch in staat stellen klaarblijkelijk onrechtmatige oorlogsdaden te onderscheiden, d.w.z. waarvan de rechtmatigheid niet mag afhangen van beoordelingselementen, waarvan hij geen weet zou hebben. De complexiteit van de realiteit ten aanzien van de abstracte categorieën van de wet kan in sommige situaties (en meer bepaald in noodsituaties) nochtans redelijke vragen doen rijzen omtrent de concrete limiet van de als klaarblijkelijk te beschouwen onwettigheid.

De belangrijkheid van de uitdaging op het vlak van oorlogsmisdaden moet de wetgever ertoe aanzetten om, in het belang van de ondergeschikte, maar ook van degene die het bevel geeft, elkeen de mogelijkheid te bieden zijn persoonlijke verantwoordelijkheid in volle geweten te nemen.

Om te vermijden dat irrelevante bezwaren ten aanzien van deze bepalingen worden geopperd, dienen de grenzen van de draagwijdte ervan duidelijk te worden onderstreept.

Ze veranderen niets aan de juridische begrippen die voortkomen uit de geldende militaire wetten, zoals het concept van de meerdere, dat van een kennelijk onwettig bevel en het begrip insubordinatie. Ze hebben enkel tot doel om nadelige gevolgen te vermijden, welke voor ieder lid van de Krijgsmacht zouden kunnen voortvloeien uit het feit dat hij de verplichting nakomt die de wet hem oplegt om de uitvoering van klaarblijkelijk misdadige bevelen te weigeren.

De ontwerp tekst voorziet niet in een bijzondere formalisering, wanneer de uitvoerder een beroep doet op de vastgelegde procedure (zoals de opschriftstelling van het verzoek en het antwoord). Men heeft hier juist rekening willen houden met de spoedeisende omstandigheden waarin het noodzakelijk blijkt gebruik te maken van die procedure. In werkelijkheid gaat het daarbij om een kwestie van bewijs die de met het onderzoek belaste magistraat eventueel zal moeten oplossen zoals voor ieder feitelijk element dat hij moet vaststellen. Hij kan dit doen door middel van getuigenissen, de inbeslagneming van velddagboeken of opnames van gesprekken, door confrontaties of iedere andere gerechtelijke onderzoekstechniek.

Toch zou de uitvoerder er belang kunnen bij hebben om zich dergelijke bewijselementen te besparen. Als de omstandigheden het toelaten, zou hij eventueel om een schriftelijke bevestiging van de wettelijkheid van het bevel kunnen vragen, hetgeen de meerdere niet als misplaatst zal kunnen beschouwen, aangezien het geheel en al om een bij wet voorgeschreven verzoek gaat.

Het spreekt vanzelf dat men van iemand niet het onmogelijke kan vragen en dat de staat van het recht ongewijzigd blijft in de gevallen waarin de ondergeschikte, om welke reden ook, in de onmogelijkheid verkeert de in deze bepalingen voorgeschreven procedure toe te passen, o.a. in geval van verlies van ieder middel om met de betrokken meerdere te communiceren. Voor de duidelijkheid wordt deze hypothese uitdrukkelijk in aanmerking genomen in het vijfde lid van het ontwerp van het artikel.

Tweede en derde lid :

Dit gedeelte van de tekst betreft het antwoord van de meerdere.

Het verzoek in kwestie, dat allesbehalve een tuchtvergriep is, is geheel en al in overeenstemming met de wettelijke vereisten die de basis vormen van die tucht in democratische staten. Het is dus nuttig uitdrukkelijk in herinnering te brengen dat de reactie van de meerdere in geen geval repressief mag zijn.

Het vervolg van de aanbevolen procedure verschilt van de Franse procedure, die bepaalt dat in geval van de handhaving van het gegeven bevel een beroep kan worden gedaan op de hogere overheid. Behalve het feit dat dit beroep moeilijk uitvoerbaar is tijdens gevechtsoperaties, dreigt het verschillende echelons van de hiërarchie openlijk met elkaar in botsing te brengen, waardoor meerderen overwegingen zouden kunnen laten meespelen die niets met de essentiële kwestie te maken hebben.

De meerdere die een bevel geeft resp. overbrengt, waarvan de wettelijkheid ter discussie wordt gesteld, dient dan ook alle mogelijke maatregelen na te streven die praktisch in zijn macht liggen, om iedere onzekerheid ter zake weg te nemen. Als hij het bevel alleen maar overbrengt, kan hijzelf gebruikmaken van de thans vastgelegde procedure ten aanzien van zijn eigen meerdere, van wie hij het klaarblijkelijk onwettige bevel heeft ontvangen. Het zal hem vrijstaan de aan zijn korps of eenheid verbonden raadgever in het recht van de gewapende conflicten te raadplegen, een alternatief te kiezen dat er zich toe leent het verhoopte militaire voordeel door een legaal onberispelijk middel te bereiken, of, uiteraard, de wettelijkheid van het bevel te bevestigen als hij daar zeker van is. Dit zal betekenen dat hij dan ten volle de verantwoordelijkheid neemt voor de juridische gevolgen die daaruit kunnen voortvloeien. Er dient te worden onderstreept dat dit niet betekent dat hij zijn ondergeschikten, door een verklaring in die zin aan hen, kan beletten dat zij hun verantwoordelijkheid nemen.

Ten slotte spreekt het vanzelf **dat** de meerdere, tenzij in geval van materiële onmogelijkheid, verplicht is te reageren op het verzoek van zijn ondergeschikte binnen een termijn die deze laatste de mogelijkheid biedt om tijdig te reageren.

Vierde lid :

Dit lid bekrachtigt het verplichte karakter van de ingevoerde procedure voor de betrokken meerdere.

Er wordt van de verplichting voor de meerdere om te antwoorden op de vraag verwacht dat hem daardoor kan worden afgeraden om door te zetten op een spoor dat hem tot de misdaad of het wanbedrijf kan leiden.

Vijfde lid :

Om zo volledig mogelijk te zijn en een antwoord te bieden op de vragen die vele militairen zich waarschijnlijk zullen stellen, komt het geval waarin de voorgeschreven procedure niet kon worden toegepast wegens het verlies van het contact tussen de betrokken meerdere en de betrokken ondergeschikte aan bod in de tekst en wordt het daarin uitdrukkelijk geregeld.

Overigens wordt in de tekst enerzijds beklemtoond dat de ingevoerde procedure niet mag worden beschouwd als een middel dat de meerdere wordt verschaft om druk uit te oefenen op de uitvoerder, zodat deze van zijn bezwaar zou afzien, en wordt anderzijds in herinnering gebracht dat het beroep op die procedure de ondergeschikte, die het bevel na bevestiging uitvoert, geenszins vrijstelt als dit bevel klaarblijkelijk misdadig was resp. hem misdadig moest lijken.

Zesde lid :

Het bezwaar dat weldoordacht tegen de uitvoering van een misdadig bevel wordt ingebracht, hoort te worden aangemoedigd en dit wordt beslist nagestreefd met de ingevoerde procedure. Nochtans

vereist de ernst van de gevolgen die het onverantwoorde gebruik van die procedure kan hebben dat de ondergeschikten worden gewaarschuwd tegen een dergelijk misbruik, dat conform de wet moet worden bestraft.

De sancties zullen uiteraard worden toegepast in overeenstemming met alle rechtsbeginselen met betrekking tot de individuele verantwoordelijkheid van de verdachten.

Aldus kan de ondergeschikte op het vlak van de tucht worden bestraft, als de beoordeling van de ondergeschikte foutief blijkt te zijn, maar die vergissing geen opzettelijk karakter heeft, omdat ze bijvoorbeeld door de absolute aandacht, vereist in de situatie van het ogenblik, niet is kunnen worden vermeden.

Enig artikel

Onder paragraaf 2 van artikel 11 van de wet van 14 januari 1975 houdende het tuchtreglement van de Krijgsmacht wordt een paragraaf 3 ingevoegd, die luidt als volgt:

« De ondergeschikte die een bevel ontvangt, zoals bedoeld in de voorgaande paragraaf, dient zijn bezwaar aan te voeren door, krachtens deze wet, een bevestiging van de wettelijkheid van dat bevel te vragen aan de meerdere die het hem geeft.

Een dergelijk verzoek kan in geen geval als een tuchtvergriep worden beschouwd.

De meerdere die daarvan kennisneemt, is verplicht daarop een antwoord te geven, nadat hij zich in voorkomend geval van de wettelijkheid van het gegeven bevel heeft vergewist.

Onverminderd de toepassing van de strafbepalingen betreffende de deelname aan een misdaad of een wanbedrijf, kunnen er tuchtsancties worden toegepast op de meerdere die verzuimt te antwoorden op een verzoek tot bevestiging van de wettelijkheid, en dit wegens de overtreding van artikel 9, 2^o van de wet van 14 januari 1975.

Noch de onmogelijkheid om de bevestiging van de wettelijkheid van het bevel te vragen of te krijgen, noch de bevestiging van die wettelijkheid door een meerdere ontslaat de ondergeschikte van zijn plicht om een bevel, dat volgens hem kennelijk het plegen van een misdaad of een wanbedrijf zal meebrengen, niet uit te voeren.

De ondergeschikte die beslist om niet te gehoorzamen aan een bevel, waarvan het hem lijkt dat de uitvoering ervan kennelijk het plegen van een misdaad of een wanbedrijf kan meebrengen, stelt zich bloot aan strafrechtelijke en tuchtrechtelijke vervolgingen, als zijn beoordeling foutief blijkt te zijn. »

Projet de loi complétant la loi du 14 janvier 1975 portant Règlement de discipline militaire en ce qui concerne l'objection à l'exécution d'ordres pouvant entraîner manifestement la perpétration d'un crime ou d'un délit

EXPOSE DES MOTIFS

En droit belge, la théorie de la force exécutoire de l'ordre de l'autorité trouve sa base légale générale dans le Code Pénal de 1867. Ce code consacre en son article 70, la règle selon laquelle seul l'ordre légal de l'autorité vaut justification objective pour celui qui, en l'exécutant, commettrait formellement un fait qualifié de crime ou délit par la loi. Cette cause de justification a pour effet d'ôter au fait commis son caractère infractionnel et de le rendre licite. La Cour de cassation avait déjà eu l'occasion d'appliquer cette règle dans un arrêt datant du 27 juillet 1891 (Pas. 228. Affaire Sarton).

Les articles 152 et 260 du même code instituent cependant une cause d'excuse qui n'influe cette fois que sur l'application de la peine, dans les cas d'exécution par le subordonné d'ordres illégaux, pour autant que celui-ci n'ait pas été conscient de cette illégalité. L'idée de base est ici que le bon fonctionnement du principe hiérarchique nécessite que le subordonné puisse et doive croire que les ordres qu'il reçoit de ses supérieurs sont légitimes, tant que le contraire ne lui apparaît pas de manière évidente.

Le problème présente des aspects particuliers dans le cas de l'ordre militaire dont l'exécution sans discussion possible a été longtemps considérée dans les Forces armées comme essentielle à l'efficacité militaire. Pourtant le devoir de refuser obéissance aux ordres militaires **pouvant entraîner manifestement la perpétration d'un crime ou d'un délit** était déjà inscrit en Belgique dans les « *Principes généraux du droit pénal belge* » de J. J. Haus, principal auteur de notre Code pénal ⁶ ainsi que dans le « *Commentaire du code pénal militaire* » de Moreau & Dejongh ⁷ et dans le « *Manuel de droit pénal militaire* » de Goedseels ⁸.

Le principe de l'obéissance passive imposée aux militaires est clairement apparu lors du procès des hauts responsables nazis devant le Tribunal Militaire International de Nüremberg comme pourvoyeur effréné de crimes de guerre. Dans son verdict, le Tribunal avait conclu en se référant à l'article 8 de son statut : « le vrai critérium de responsabilité pénale n'est nullement en rapport avec l'ordre reçu. Il réside dans la liberté morale, dans la faculté de choisir chez l'auteur de l'acte reproché » (Procès des Grands criminels de guerre - Documents officiels Nüremberg 1947, V,1,236).

L'accusation avait eu l'intelligence d'explicitier que l'applicabilité des règles qu'elle rappelait ne se limitait pas au cas du III^e Reich allemand mais avait un caractère universel et c'est en termes tout à fait généraux qu'à l'audience du 4 décembre 1945, Sir Hartley Shawcross représentant l'accusation pour le Royaume-Uni proclamait que « 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 ».

⁶ « Le pouvoir social ne peut vouloir qu'on obéisse aux commandements de ses agents, alors même qu'ils ordonnent une flagrante illégalité (...). 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... » (op. cit., 1879, n°612 et 613).

⁷ « ...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 réprouve le droit naturel comme la loi pénale... » (op. cit., 1880 n°193)

⁸ « La perpétration d'un crime ou d'un délit n'est jamais un devoir militaire et le refus d'obéissance serait, en ce cas, bien plus un acte de courage qu'un délit » (op. cit. 1917, n°82).

Depuis lors, même dans des pays démocratiques, le fait que les subordonnés ne font pas objection à l'exécution d'ordres militaires manifestement illégaux a permis la commission de crimes de guerre en dépit des interdictions les plus absolues du droit des conflits armés : chacun a présent à l'esprit des cas flagrants de l'espèce dans des pays alliés, mais notre pays n'en a pas non plus été exempt (v. not. Conseil de guerre de Bruxelles 18 mai 1966. *Rev. Dr. Mil. et dr. de la guerre*, t.VIII-I, 1969, p.97).

Aussi, après avoir inscrit le principe de la responsabilité personnelle dans l'exécution d'un ordre criminel à l'article 3 de la loi du 20 juin 1947 à l'égard des criminels de guerre allemands, le législateur belge l'a-t-il expressément repris à l'article 11, §2 de la loi du 1 janvier 1975.

Dès 1957 pourtant, une certaine inquiétude a été exprimée dans le milieu militaire au sujet du « dilemme tragique auquel les soldats pourraient avoir à faire face: ou bien obéir aux supérieurs hiérarchiques et courir le risque d'être jugé comme criminels de guerre, ou bien refuser d'obéir et d'être jugé pour refus d'obéissance en présence de l'ennemi » (Colonel V. Werner, *Criminels de guerre et subordination internationale*, *Rev. Mil. Générale*, février 1957, 244).

En France, dans son livre intitulé « Lieutenant en Algérie » datant de 1958, Jean-Jacques Servan-Schreiber s'était insurgé contre les procès-catharsis par lesquels les dirigeants se donnaient bonne conscience en laissant sanctionner « pour le principe » quelques exécutants des basses œuvres de la guerre coloniale : « 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; en plus, le sentiment de l'injustice et beaucoup d'amertume... Condamner les victimes de ces situations comme si elles en étaient responsables, c'est, bien sûr, ajouter la lâcheté à l'incompétence.»

Après les accords d'Evian qui accordèrent l'indépendance à l'Algérie en 1962, la France se dota en octobre 1966, d'un « Règlement de discipline générale dans les armées » dont l'article 22, tout en rappelant que le devoir d'obéissance ne dégage jamais le subordonné des responsabilités qui lui incombent au regard de la loi, introduisait une disposition nouvelle destinée à protéger ce subordonné contre les risques du refus d'exécution d'ordres illégaux.⁹

Dans une publication préalable (Fascicule « *Commission Armées-Jeunesse* » Paris 1963-1964, n° 11), le Ministère français de la Défense annonçait que les garanties contre l'arbitraire qui seraient ainsi instaurées étaient motivées par la constatation, à la lumière de l'événement, que le principe de l'obéissance passive et inconditionnelle ne pouvait rendre compte, non seulement des impératifs moraux, mais des nécessités mêmes de l'action militaire moderne et de l'évolution de la jeunesse appelée à y participer (pp.8, 10, 40 et 41).

En Belgique, le règlement de discipline de 1975 n'a pas pris en considération la difficulté qu'il peut y avoir pour le militaire qui reçoit un ordre manifestement illégal dans la tension du combat, de s'exprimer vis-à-vis du donneur d'ordre sans risquer d'être pris pour un mutin.

Le principe de Nuremberg pourrait donc se réduire à un trompe-l'œil 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 risque, voire héroïque, devant l'ordre donné.

⁹ Art 22. (...) Sous réserve des dispositions des articles 114, §2 et 190 du Code pénal, le subordonné qui exécuterait un ordre prescrivant l'accomplissement d'un acte illégal visé à l'article 21 du présent règlement engagerait pleinement sa responsabilité pénale et disciplinaire.

Si le subordonné croit se trouver en présence d'un tel ordre, il a le devoir de faire part de ses objections à l'Autorité qui l'a donné en indiquant expressément la signification illégale qu'il attache à l'ordre litigieux.

Si l'ordre est maintenu et si, malgré les explications ou l'interprétation qui lui en ont été données, le subordonné persiste dans sa contestation, il en réfère, avant toute mesure d'exécution, à l'Autorité des échelons supérieurs qu'il a la possibilité de joindre.

A défaut de cette dernière possibilité, ou si, bien que confirmé par l'Autorité supérieure, l'ordre lui apparaît encore entaché d'illégalité, le subordonné peut ne pas l'exécuter sans être cependant exonéré des sanctions qu'impliquerait cette inexécution dans le cas où, par la suite, celle-ci ne pourrait être justifiée par une exacte appréciation du caractère illégal de l'ordre contesté.

Aussi plusieurs juristes belges spécialisés en droit pénal des conflits armés se sont-ils préoccupés de cette sorte d'hypocrisie des législateurs qui exigent des militaires l'application d'un principe hautement moral dans les horreurs de la guerre et laissent l'exécutant résoudre les difficultés psychologiques évidentes que cette application leur posera selon toute probabilité.

Ainsi après avoir attiré l'attention des responsables belges sur l'article 22 du nouveau règlement de discipline français dans sa thèse sur « La protection pénale contre les excès de pouvoir et la résistance légitime à l'autorité » (Bruylant, Bruxelles, 1969, 285 et 286), le Professeur J. Verhaegen les appela-t-il explicitement à mettre en place dans notre pays également une procédure adéquate de refus d'ordre capable de prévenir à la fois les abus de la *facultas resistendi* au regard de la nécessaire discipline et de protéger personnellement l'exécutant contre les suites de son refus justifié (« L'ordre illégal et son exécutant devant les juridictions pénales », *Journ. Trib.* 1986, 450).

Certes, l'évolution du droit international des conflits armés et son intégration dans le droit interne belge ont-elles apporté de considérables éclaircissements dans la problématique de l'ordre militaire manifestement illégal en délimitant plus précisément l'admissibilité de la cause de justification des « nécessités militaires ». Ce sont ces « nécessités » qui constituèrent en effet l'argument par lequel, le plus souvent, les chefs militaires faisaient taire les scrupules de leurs subordonnés (v. not. P. Vidal-Naquet, « La torture dans la République », Ed. *Minuit* 1972, 167).

Dans le contexte des conflits armés, les nécessités militaires ont pu valoir assez largement cause de justification en droit belge jusqu'à la ratification de la Convention européenne des droits de l'homme qui, en frappant d'interdiction inconditionnelle, « même en cas de guerre ou de danger public menaçant la vie de la nation », la torture et les atteintes au droit à la vie par actes illicites de guerre (art. 15, §2), a rendu manifestement illégaux tous les ordres contraires à ces interdictions.

L'enseignement du droit des conflits armés peut donc indiquer à toute nouvelle recrue les actes de guerre qui ne peuvent en aucun cas être justifiés: « 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 » (J. Verhaegen, « Le refus d'obéissance aux ordres manifestement criminels », Séminaire de dr. mil. et de dr. de la guerre, ASBL, *Fascicule de la journée d'études du 30 octobre 1998* p.11). L'article 12 de la loi du 05 août 2003 a parfaitement intégré ces éléments du droit international dans les règles de droit belge concernant la répression des crimes de guerre.

Mais ces considérations sont loin de rendre superflue la sécurité juridique à garantir à l'exécutant confronté à l'illégalité d'un ordre qui lui paraît manifeste.

Quelles sont les raisons déterminantes qui continuent à rendre indispensable l'institutionnalisation d'une procédure applicable à de telles situations ?

La jurisprudence de la Cour militaire fournit à cet égard un argument qui devrait apparaître comme décisif lorsqu'elle établit qu'il n'y a pas de cause de justification admissible à l'exécution d'un ordre illégal si l'inférieur n'a fait valoir aucune objection à l'exécuter (C. mil. 9 juin 1958, *Rev. dr. pén.* 1958, 285, n°48). Il faut donc reconnaître à l'exécutant le droit de faire valoir ses objections de légalité par une formule adéquate qui ne l'expose à aucun risque de sanction. Cette jurisprudence a fait suite à l'arrêt de la Cour de Cassation du 22 juillet 1949 (Pas. 561) qui avait déjà décidé dans le cas de criminels de guerre allemands que « celui qui a connu le caractère de criminalité de l'ordre reçu par lui au point d'affirmer qu'il lui faisait horreur et qu'il en était consterné, et qui cependant n'a rien tenté pour se soustraire à son exécution, ne peut invoquer la cause de justification tirée de l'ordre de l'autorité et de la contrainte ».

On prendra en considération à cet égard les éléments qui, dans les unités militaires en opération, tendent à accréditer l'idée d'une sorte de fatalité du crime de guerre tacitement acceptée: le poids du conformisme de groupe qui existe généralement dans les structures fortement hiérarchisées, le besoin plus particulier de solidarité entre combattants dans l'action périlleuse et la méfiance compréhensible du guerrier à l'égard de ceux qui n'ont pas vécu les situations de lutte armée. Un

système juridique réaliste et cohérent doit donc combattre expressément une telle propension en fournissant aux membres des Forces armées, *avant* l'action, des règles de conduite capables de les aider à combattre efficacement ce type de criminalité qui cause encore trop souvent de lourdes pertes à l'humanité.

Ce serait faire peu de cas de la dignité des soldats-citoyens d'un Etat démocratique que de douter de leur capacité à mettre en échec une décision criminelle, même si une telle décision pourrait parfois s'expliquer facilement sur le plan psychologique dans le contexte bien connu de la mimétique de la violence. Alors que certains historiens font reproche aux soldats du III^e Reich allemand d'avoir été des « bourreaux volontaires » zélés de la politique nazie, il serait désespérant de croire que d'autres soldats ne pourraient mettre leur honneur à servir des lois fondées sur les droits essentiels de la personne humaine.

Une autre raison de faciliter l'expression par le subordonné de sa perception de l'illégalité d'un ordre reçu réside dans la fréquence actuelle des opérations militaires multinationales qui confrontent les contingents belges à l'éventualité d'être placés sous le commandement d'officiers appartenant aux forces armées d'un pays qui n'a pas ratifié toutes les conventions internationales auxquelles ils sont eux-mêmes soumis et notamment des instruments de droit des conflits armés aussi importants que les Protocoles de 1977 additionnels aux Conventions de Genève de 1949. Il ne faut pas perdre de vue que c'est le cas de grandes puissances occidentales jouant souvent un rôle important dans la conduite de telles opérations.

Les militaires belges restent soumis en toutes circonstances à leur loi nationale; ils ne peuvent donc exécuter des ordres qui, sur base de cette législation nationale, comportent la perpétration d'un crime ou d'un délit. Ils se le voient interdire par leur loi, encore qu'il n'en irait pas de même sur base de la législation nationale de l'officier qui les commande. La notion de supérieur visée par les dispositions du code pénal militaire belge concernant l'insubordination ne se réfère d'ailleurs qu'à la hiérarchie des forces armées belges.

Enfin, l'instauration de la Cour pénale Internationale dont la Belgique a ratifié le statut, recommande au Parlement de prendre toutes les mesures législatives utiles afin de parer autant que possible à la commission de crimes internationaux par les membres de nos Forces armées. Si cette juridiction internationale était saisie de tels faits, ses jugements diffusés dans le monde entier pourraient ternir le renom humanitaire de notre pays.

Cette prise de conscience des difficultés morales qu'ont à affronter les exécutants d'ordres illégaux émerge maintenant très ouvertement dans les travaux des experts en droit militaire; en sont l'expression indubitable, les recommandations adoptées en mai 1997 par le congrès d'Athènes de la Société internationale de droit militaire et de droit de la guerre, organe consultatif de l'Organisation des Nations-Unies, à l'usage des responsables de l'élaboration des législations nationales et dont le 2^e alinéa du paragraphe C.2, est libellé comme suit:

« Les règlements militaires 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 l'exécution d'un crime de guerre » (Recueils de la Société internationale de droit militaire et de droit de la guerre, t. XIV, vol 1, Bruxelles 1999, 355).

Le groupe belge de cette société internationale, lors de sa journée d'étude du 30 octobre 1998, a donné suite à cette recommandation en approuvant la mise à l'étude de l'introduction d'une telle procédure dans notre droit national en chargeant un groupe de travail de présenter un avant-projet de loi dans ce sens (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).

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE UNIQUE

Premier alinéa

Le problème que pose l'ordre illégal se présente pour le subordonné comme un conflit de devoirs et comporte pour lui le risque de sanctions graves, soit pour insubordination, soit du chef du crime ou du délit commandé (v. P. Papadatos « Le problème de l'ordre reçu en droit pénal », Genève 1964, 3e partie).

La loi belge du **14 janvier 1975** supprime théoriquement ce conflit en déterminant, parmi les normes contradictoires, celle qui sera la seule obligatoire.

Les difficultés psychologiques que présente toutefois la contestation d'un ordre du supérieur quel qu'il soit, seront plus facilement levées s'il apparaît d'emblée que le subordonné y est contraint par la loi et qu'il ne s'agit pas d'une démarche dont il prendrait personnellement et arbitrairement l'initiative.

La procédure instaurée se présente d'emblée comme une « application du règlement de discipline ». Ainsi sera mis en évidence, avant même que ne soit formulé le questionnement de la légalité de l'ordre, que le subordonné entend se conformer à l'article **11, §2, 2^e alinéa de la loi du 14 janvier 1975**.

La formule employée d'une « *demande de confirmation de la légalité de l'ordre* » se justifie de la manière suivante :

L'efficacité des Forces armées requiert certes une cohésion de tous leurs membres dans l'exécution des décisions stratégiques et tactiques prises par les responsables de la conduite des opérations. C'est bien la raison pour laquelle le **§2 de l'article 11** de la loi du 14 janvier 1975 commence par proclamer que les militaires doivent exécuter fidèlement les ordres qui leur sont donnés par leurs supérieurs dans l'intérêt du service.

Le serment d'obéissance aux lois du peuple belge qu'ils prêtent à leur entrée en fonction oblige les officiers à ne donner d'ordres que conformes à ces lois.

C'est pourquoi la doctrine s'accorde à reconnaître une présomption de légalité des ordres: lorsqu'il y a doute, l'inférieur doit présumer la légalité de l'ordre reçu (v. A. Andries, « Les limites, de la force exécutoire de l'ordre du supérieur en droit militaire belge », *Rev. dr. mil. et dr. de la guerre*, t. VIII - 1, 1969, p.89 et note 37).

La formule par laquelle le subordonné devra manifester sa préoccupation face à un ordre qui lui paraît manifestement criminel tient donc compte de cette présomption en utilisant le biais d'une demande de *confirmation* explicite de la légalité de l'ordre concerné, cette demande ne pouvant paraître a priori comme une contestation de l'autorité du donneur d'ordre.

La formation en droit des conflits armés que reçoivent maintenant toutes les catégories de personnel militaire doit théoriquement permettre à tout commandant de distinguer les actes de guerre manifestement illicites, c'est-à-dire dont la licéité ne peut dépendre d'éléments d'appréciation dont il n'aurait pas connaissance. La complexité de la réalité par rapport aux catégories abstraites de la loi, peut cependant, dans certaines situations (et notamment dans les situations d'urgences), susciter une interrogation raisonnable sur la limite concrète de l'illégalité à tenir pour manifeste.

La gravité de l'enjeu en matière de crimes de guerre doit déterminer le législateur, dans l'intérêt du subordonné mais aussi du donneur d'ordre, à donner à chacun la possibilité d'assumer sa responsabilité personnelle en pleine conscience.

Pour éviter que ne soient soulevées des objections non pertinentes à l'égard des présentes dispositions. Il importe de souligner clairement les limites de leur portée.

Elles ne modifient en rien les notions juridiques qui résultent des lois militaires en vigueur telles que celles que le concept de supérieur, celui d'ordre manifestement illégal et pas davantage la notion d'insubordination. Elles n'ont d'autre effet que d'empêcher les conséquences préjudiciables que pourrait entraîner pour tout membre des Forces armées, le fait de se conformer à l'obligation que la loi lui impose de refuser d'exécuter des ordres manifestement criminels.

Le projet de texte ne prévoit pas de formalisation particulière du recours par l'exécutant à la procédure prévue (telle que la consignation par écrit de la demande et de la réponse). On a voulu ici tenir compte précisément des circonstances d'urgences dans lesquelles ce recours s'avère nécessaire. Il s'agit là en réalité d'une question de preuve que le magistrat instructeur aura éventuellement à résoudre comme pour tout élément de fait qu'il a la charge d'établir. Il pourra le faire par témoignages, par saisie de carnets de campagne ou d'enregistrements de communications, par confrontations, ou par toute autre technique d'enquête judiciaire.

L'exécutant pourrait néanmoins avoir intérêt à se ménager de tels éléments de preuve. Si les circonstances le permettent, il pourrait éventuellement demander confirmation écrite de la légalité de l'ordre, ce que le supérieur ne saurait considérer comme déplacé, s'agissant fondamentalement d'une demande prescrite par la loi.

Il va sans dire qu'à l'impossible nul n'est tenu et que l'état du droit reste inchangé dans les cas où le subordonné se trouve pour une raison quelconque dans l'impossibilité d'appliquer la procédure prévue par les présentes dispositions, notamment en cas de perte de tout moyen de communication avec le supérieur concerné. Par souci de clarté, le cinquième alinéa de l'article projeté envisage explicitement cette hypothèse.

Deuxième et troisième alinéas :

Cette partie du texte concerne la réponse du supérieur.

Loin de constituer un manquement à la discipline, la demande dont il est question est pleinement conforme aux exigences légales qui constituent le fondement de cette discipline dans les Etats démocratiques. Il est donc utile de rappeler expressément que la réaction du supérieur ne peut en aucun cas être répressive.

La suite de la procédure préconisée diffère de la procédure française en ce que celle-ci prévoit, en cas de maintien de l'ordre donné, un recours à l'Autorité supérieure. Outre que ce recours pourrait être difficilement praticable dans les opérations de combat, il risque de mettre ouvertement en opposition différents échelons de la hiérarchie, ce qui pourrait faire intervenir dans l'attitude des supérieurs des considérations étrangères à la question essentielle.

C'est donc au supérieur qui donne ou transmet un ordre dont la légalité est mise en question, à rechercher toutes les mesures pratiquement possibles en son pouvoir pour lever toute incertitude à ce sujet. S'il ne fait que transmettre l'ordre, il pourra lui-même recourir à la procédure désormais prévue envers son propre supérieur dont il a reçu l'ordre apparemment illégal. Il lui sera loisible de consulter le conseiller en droit des conflits armés attaché à son corps ou à son unité, de choisir une alternative propre à atteindre l'avantage militaire escompté par un moyen légalement irréprochable, ou, bien entendu, de confirmer la légalité de l'ordre s'il s'en est assuré. Ce qui impliquera qu'il assume alors entièrement la responsabilité des suites judiciaires qui pourraient en découler. Il faut souligner que ceci ne signifie pas qu'il puisse, par une déclaration en ce sens faite à ses subordonnés, empêcher ceux-ci d'assumer la leur.

Il va enfin de soi **que**, sauf impossibilité matérielle, le supérieur est tenu de réagir à la demande de son subordonné dans un délai permettant à ce dernier de réagir en temps utile.

Quatrième alinéa :

Cet alinéa consacre le caractère obligatoire de la procédure instaurée dans le chef du supérieur concerné.

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 ou au délit.

Cinquième alinéa :

Pour être aussi complet que possible et répondre aux questions que beaucoup de militaires se poseront probablement, le texte envisage et règle explicitement le cas où la procédure prévue n'a pu être appliquée par suite de perte de communication entre le supérieur et le subordonné concernés.

Par ailleurs, le texte souligne d'une part que la procédure instaurée ne peut être considérée comme fournissant au supérieur un moyen de faire pression sur l'exécutant pour l'amener à renoncer à son objection et rappelle d'autre part que le recours à cette procédure n'exonère nullement le subordonné qui exécute l'ordre après confirmation, si cet ordre était et devait lui apparaître manifestement criminel.

Sixième alinéa :

L'objection opposée à bon escient à l'exécution d'un ordre délictueux mérite d'être encouragée et la procédure instaurée y tend assurément. Cependant, la gravité des conséquences qui peuvent résulter d'un recours abusif à cette procédure impose que les subordonnés soient mis en garde contre pareil abus, lequel doit être sanctionné conformément à la loi.

Il est clair que l'application des sanctions se fera en conformité avec tous les principes de droit qui gouvernent la responsabilité individuelle des inculpés.

C'est ainsi que si l'appréciation du subordonné s'avère erronée, mais que cette erreur n'a pas de caractère intentionnel, faute, par exemple, d'avoir pu être évitée par la stricte attention exigible dans la situation du moment, le subordonné pourra être sanctionné au plan disciplinaire.

Article unique

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

« Le subordonné qui reçoit un ordre tel que visé au paragraphe précédent fera valoir son objection en demandant, en application de la présente loi, 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 sanctions disciplinaires du chef de transgression de l'article 9, 2° de la loi du 14 janvier 1975, 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 qui selon lui entraînerait manifestement la perpétration d'un crime ou d'un délit.

Le subordonné qui décide de ne pas obéir à un ordre dont l'exécution lui paraîtrait pouvoir entraîner manifestement la perpétration d'un crime ou d'un délit, s'expose, si son appréciation s'avère erronée, à des poursuites pénales ou disciplinaires. »

Jean-Paul Claeys

Colonel BAM

SAT 7

Kritische bedenkingen – Considérations critiques

Projet de loi complétant la loi du 14 janvier 1975

0. Introduction

Il nous a été demandé à mon collègue de la DGHR et à moi-même de fournir quelques éléments de réflexion pour les discussions en sous-groupes en d'autres mots d'examiner les textes proposés d'un œil critique.

Ce que nous avons fait sans mettre en question le caractère louable des dispositions proposées.

Mon exposé s'articulera en 5 parties à savoir :

- Tout d'abord une réflexion générale sur l'objectif du projet de loi ;
- La seconde partie porte sur l'examen des motifs justifiant l'introduction de la disposition proposée ;
- Lors du troisième volet de ma présentation j'examinerai la problématique de l'application concrète de la nouvelle disposition ;
- Le quatrième volet est consacré à la place de la disposition dans la loi du 14 janvier 1975 ;
- Et enfin je clôturerai mon exposé par quelques conclusions.

Mon collègue poursuivra cette analyse critique. Son examen portera sur la justification générale du projet et il commentera chaque alinéa de la disposition proposée.

1. Objectif général du projet de loi

L'objectif louable du projet semble être d'éviter qu'un subordonné n'exécute un ordre dont l'exécution peut entraîner manifestement la perpétration d'un crime ou d'un délit. Si j'utilise le terme semble c'est que le doute plane dans mon esprit et ce principalement pour deux raisons.

Tout d'abord la formulation proposée du premier alinéa du texte à insérer comme nouveau paragraphe 3 de l'article 11 de la loi de discipline. Je me permets de citer cet alinéa : « Le subordonné qui reçoit un ordre tel que visé au paragraphe précédent fera valoir son objection en demandant, en application de la présente loi, confirmation de la légalité de cet ordre au supérieur qui le lui donne ». On y réfère au paragraphe précédent qui est le paragraphe 2 qui lui-même comprend deux alinéa que je me permets de citer « Alinéa premier Les militaires doivent exécuter fidèlement les ordres qui leur sont donnés par leurs supérieurs dans l'intérêt du service. Second alinéa Un ordre ne peut cependant être exécuté si cette exécution peut entraîner manifestement la perpétration d'un crime ou d'un délit ». Je peux raisonnablement supposer que lorsque la disposition proposée précise que le subordonné qui reçoit un ordre tel que visé au paragraphe précédent fera valoir son objection, l'auteur vise en réalité uniquement le second alinéa du paragraphe précédent ce qui à mes yeux mériterait toutefois d'être précisé.

Un deuxième élément qui a fait planer ce doute dans mon esprit réside dans le fait qu'à plusieurs reprises l'exposé des motifs évoque la notion du militaire qui reçoit un ordre manifestement illégal. Il est clair que l'ordre dont l'exécution peut entraîner manifestement la perpétration d'un crime ou d'un délit est illégal mais il existe d'autres ordres illégaux, il est donc important de définir clairement l'objectif visé par la disposition.

2. De bepalende redenen die het invoeren van de nieuwe bepaling rechtvaardigen

De eerste doorslaggevende reden die in de memorie van toelichting wordt aangehaald refereert naar de rechtspraak van het Militair Gerechtshof. Die stelt dat er geen toelaatbare

rechtvaardigingsgrond is voor de uitvoering van een onwettig bevel, als de ondergeschikte geen enkel bezwaar heeft laten gelden tegen de uitvoering ervan. Wat volgens de auteur rechtvaardigd dat men de uitvoerder het recht toekent zijn bezwaren op het vlak van de wettelijkheid te doen gelden via een formule die hem niet blootstelt aan sancties. Deze rechtspraak van het Militair Gerechtshof dateert van 1958. Men kan zich dan ook de vraag stellen of de wetgever door het voorzien in Art 11, §2, tweede lid van de wet van 14 januari 1975 dat de ondergeschikte een bevel niet mag uitvoeren wanneer deze uitvoering kennelijk het plegen van een misdaad of een wanbedrijf kan meebrengen, niet reeds de geest van deze rechtspraak heeft gevolgd. Of dat hij zelfs verder is geweest dan deze geest gezien hij een mechanisme van niet uitvoering van een bevel in het leven heeft geroepen zonder enige sanctie in geval van een beoordelingsfout door de ondergeschikte.

Een tweede reden aangehaald voor het invoeren van de nieuwe bepaling is het steeds groter wordende multinationalaal karakter van de operaties uitgevoerd door de Belgische strijdkrachten. Een ondergeschikte zou in dat kader onder het bevel kunnen worden geplaatst van een meerdere die tot een krijgsmacht behoort van een land die bepaalde internationale conventies die België wel heeft geratificeerd niet zou hebben geratificeerd. Zoals het in de memorie van toelichting terecht wordt onderstreept, de Belgische militair blijft onderworpen aan de Belgische wetgeving. Deze ondergeschikte militair zal het huidig artikel 11, §2, tweede lid van de disciplinaire wet toepassen en zal het onwettig bevel niet uitvoeren. Het is waarschijnlijk ook zo voor de buitenlandse militair die zijn nationale wetgeving zal toepassen en waarschijnlijk de procedure van bezwaar niet zal kennen, de vraag van de ondergeschikte niet in haar context zal kunnen plaatsen of niet zal beantwoorden op deze vraag. Hierdoor kan men zich de vraag stellen van de meerwaarde van de nieuwe bepaling.

Ten slotte stelt de memorie van toelichting dat de onderzochte bepaling een uitvoering geeft aan de aanbeveling van het Internationaal Strafhof gericht aan de Parlementen waarin wordt gevraagd de nuttige wetgevende maatregelen te treffen teneinde zoveel mogelijk te voorkomen dat leden van de krijgsmachten internationale misdaden zouden plegen. Hier ook kan men zich de vraag stellen of het huidig artikel 11, § 2, tweede lid niet reeds voldoende is.

3. Application concrète

Partant du principe qu'il s'agit d'empêcher l'exécution d'un ordre pouvant entraîner manifestement la perpétration d'un crime ou d'un délit, il est indispensable de s'assurer que la disposition constitue une plus value par rapport aux dispositions actuelles. Il est également indispensable de veiller à ce qu'elle soit applicable par le soldat sur le terrain. Pour ce dernier point il est important de pouvoir concrétiser clairement la disposition tout en ne perdant pas de vue que certains soldats obtiennent moins de la moitié des points au test de sélection cognitif consistant entre autre à classer 4 noms en ordre alphabétique. Je veux dire par là restons simple et pragmatique. Actuellement la situation est claire pour le subordonné, il ne peut exécuter un tel ordre en application de l'article 11, §2, alinéa 2. Il est mis face à ses responsabilités sans risque de sanction explicitement prévue par la loi en cas d'erreur d'appréciation de sa part.

A l'avenir ce soldat a l'obligation de faire valoir son objection en demandant confirmation de la légalité de cet ordre au supérieur qui le lui donne. Une nouvelle obligation naît donc dans son chef. Cette nouvelle obligation étant reprise au titre I de la loi de discipline, son non respect constitue une transgression disciplinaire en application de l'article 21, §1^{er} de cette même loi. L'alinéa 5 de la disposition en projet précise que 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 tel ordre. En d'autres mots le soldat qui estime que l'exécution de l'ordre entraîne la perpétration d'un crime et qui voit la légalité de l'ordre confirmée est toujours tenu de ne pas l'exécuter s'il estime que l'exécution de cet ordre entraîne la perpétration d'un crime. Ce soldat se trouve in fine confronté au même dilemme que celui qui pourrait exister à l'heure actuelle avec la nuance que la pression sur l'intéressé est d'autant plus grande que l'ordre a été confirmé par un supérieur et qu'une sanction est explicitement prévue en cas d'erreur d'appréciation. On peut également s'interroger quant au fait que l'alinéa 5 en projet permet à n'importe quel supérieur de confirmer la légalité de l'ordre ce qui risque de rendre la chose encore plus confuse dans l'esprit du soldat concerné.

L'alinéa 6 de la disposition en projet précise que le soldat qui n'a pas exécuté un ordre qui selon son appréciation entraînait manifestement la perpétration d'un crime ou d'un délit mais dont l'appréciation s'avère erronée s'expose à des poursuites pénales ou disciplinaires. Il n'est pas fait mention du fait que l'intéressé a ou non demandé et /ou non reçu confirmation de la légalité de cet ordre. Actuellement cette sanction n'est pas prévue explicitement dans la loi de discipline mais ceci peut s'expliquer par le fait que la non exécution d'un ordre légal est considérée comme un délit d'insubordination. Le mécanisme de sanction mis en place par l'auteur risque d'avoir un effet contraire à l'effet escompté. En effet, en cas de doute et s'il a reçu confirmation de l'ordre et sachant qu'il risque une sanction en cas d'erreur d'appréciation, le subordonné risque d'exécuter l'ordre illégal.

En synthèse, le projet crée une nouvelle obligation dans le chef du subordonné, il réitère l'obligation existante et introduit une nouvelle sanction en cas d'erreur d'appréciation de la part du subordonné. La question qu'il faut se poser à ce stade est ceci constitue-t-il une aide pour le soldat ou risque-t-on au contraire de jeter plus de confusion dans son esprit.

4. Plaats van de voorgestelde bepaling in de wet van 14 Jan 75

Bij het invoegen van een nieuwe wettelijke of reglementaire bepaling is het belangrijk om deze nieuwe bepaling te bekijken in de algemene context van de reeds bestaande bepalingen.

De nieuwe bepalingen worden ingevoerd in artikel 11 dat deel uitmaakt van titel I van de wet. Artikel 21 van deze wet (eerste bepaling van titel II) voorziet dat het niet naleven van de bepalingen van Titel I een tuchtrechterlijk vergrijp vormt dat, naargelang van de aspecten die aan ieder bijzonder geval eigen zijn, de toepassing van een tuchtrechterlijke straf met zich meebrengt. Het niet naleven van de nieuwe bepaling vormt dus automatisch een tuchtrechterlijk vergrijp.

Het vierde lid van de nieuwe bepaling voorziet dat onverminderd de toepassing van de strafbepalingen betreffende de deelname aan een misdad of een wanbedrijf, er tuchtsancties kunnen worden toegepast op de meerdere die verzuimt te antwoorden op een verzoek tot bevestiging van de wettelijkheid van een bevel en dit wegens overtreding van artikel 9, 2° van de wet. In toepassing van de redenering die zonet werd uitgelegd blijkt het eerste stuk van deze zin nutteloos. Zo is het ook voor het tweede stuk van deze zin wanneer men die samen leest met artikel 43 van de wet, dat voorziet dat aan een militair geen tuchtstraffen mogen worden opgelegd voor dezelfde feiten als die waarvoor hij door de strafrechter werd veroordeeld, zelfs niet wanneer het gepleegd misdrijf tevens een krijgstuchtelijk vergrijp is.

De problematiek van de link van de nieuwe derde paragraaf met de huidige tweede paragraaf die twee leden telt werd reeds besproken tijdens de commentaren betreffende het doel van het

wetsontwerp.

Het tweede lid van de nieuwe bepaling voorziet dat het feit van bezwaar te laten gelden in geen geval als een tuchtvergriep kan worden beschouwd. In tegenstelling voert de nieuwe paragraaf 3, eerste lid er een nieuwe verplichting in voor de ondergeschikte. Het feit van geen bezwaar te laten gelden zou kunnen worden beschouwd als een tuchtvergriep gezien er een bepaling van Titel I niet werd nageleefd.

Ten slotte kan men zich de vraag stellen of het laatste voorgesteld lid zijn plaats heeft als laatste lid van paragraaf 3 of al dan niet dient toegevoegd te worden aan het huidige paragraaf 2. Deze nieuwe bepaling beschrijft namelijk de situatie van de militair die ten gevolge van een foutieve beoordeling een wettelijk bevel niet heeft uitgevoerd. Deze verplichting van het niet uitvoeren van een onwettelijk bevel wordt namelijk hernomen in het tweede lid van huidige paragraaf 2.

5. Besluiten

Ik heb de problematiek aangehaald van de relevantie van de redenen die het invoeren van de nieuwe bepaling rechtvaardigen en dit bijzonder wanneer men het huidige artikel 11, §2, tweede lid in het achterhoofd houdt. Indien het antwoord op deze vraag ja is mag men de vertaling van de nieuwe bepaling in operationele termen niet uit het oog verliezen en moet men zich permanent afvragen of de nieuwe bepalingen een meerwaarde vormen voor onze soldaten. Uiteindelijk dient er ook te worden nagekeken of alle bepalingen noodzakelijk zijn en of dat zij, die worden hernomen coherent zijn met de huidige bepalingen van de wet van 14 januari 1975.

André Fontaine

Lieutenant-Colonel BAM

HRP

Kritische bedenkingen – Considération critiques

Projet de loi complétant l'article 11, § 2, de la loi du 14 janvier 1975
portant règlement de discipline des forces armées

Kritische bedenkingen DGHR

Introduction

Mon propos en tant que représentant de la DGHR s'inscrit dans le fil de celui du SAT. C'est la raison pour laquelle mon exposé, au départ de considérations générales, de l'ordre des principes, abordera ensuite quelques éléments plus particuliers, concrets et pratiques. Dans un premier temps, j'analyserai la justification générale de la proposition de modification. Dans un second temps, je commenterai chaque alinéa de la proposition, systématiquement.

Analyse van de algemene verantwoording van het wijzigingsvoorstel

In het eerste deel van zijn voordracht wees de SAT op de twijfels die er bestaan over de opportuniteit van het voorstel en op de vragen die zich stellen bij het doornemen van het voorstel, dat beoogt het artikel 11, § 2, van de wet van 14 januari 1975 *houdende het tuchtreglement van de krijgsmacht* aan te vullen. De DGHR deelt deze twijfels en vragen. Ik zal dan ook de analyse aanvullen inzake drie punten : de moeilijkheden bij de beoordeling van de wettigheid van een bevel, het parallellisme met andere naties en de moeilijkheden bij de beoordeling van de militair, die zich onder (een internationaal commando/internationaal bevel) bevindt.

De moeilijkheden bij de beoordeling van de wettigheid van een bevel

De ondergeschikte militair, die zich schijnbaar tussen « hamer » (de plicht tot gehoorzaamheid) en « aambeeld » (het risico op straffen) bevindt, moet beschermd worden.

We betwisten in geen geval de moeilijkheden die de militair, welke zijn graad en functie ook moge wezen, ondervindt om te bepalen of het bevel, dat hij ofwel moet geven ofwel moet uitvoeren, al de wettelijke regels waaraan iedere militair moet voldoen, eerbiedigt. Principieel delen we de analyse van de auteurs van het voorstel tot wijziging van de tuchtwet.

De noodzaak tot de voornoemde « bescherming » moet evenwel getemperd en geanalyseerd worden in het licht van alle praktische maatregelen, die bij de Belgische strijdkrachten ingevoerd werden en die aan de militairen toelaten om over de wettigheid, van een te geven of uit te voeren bevel, te kunnen oordelen.

L'explication des normes applicables dans le domaine du droit des conflits armés et des risques liés à leur non-obéissance sont enseignés à tout militaire, quel que soit son rang et quelle que soit sa formation. La pratique de ces normes fait partie de l'entraînement militaire et est systématiquement intégrée dans les exercices, que ceux-ci soient ou non directement liés à une mise en œuvre opérationnelle.

Cette systématique d'entraînement doit permettre à un militaire, que celui-ci soit exécutant ou cadre établissant et exécutant un ordre d'opérations, de déterminer si l'ordre reçu en opérations correspond bien à l'enseignement qui lui a été dispensé et de pouvoir juger de sa légalité sur la base d'un cadre bien établi.

Par ailleurs, des conseillers en droit des conflits armés et Legad accompagnent les détachements en opération. Ceux-ci veillent à la légalité d'un ordre d'opération tant lors de sa préparation

(participation à l'élaboration de l'ordre) que de son exécution (appui lors de l'exécution concrète de l'ordre d'opération).

L'auteur de la proposition estime par ailleurs que l'obligation pour le supérieur de répondre à la question aura pour effet de dissuader ce supérieur « de persévérer dans une voie susceptible de conduire au crime ou au délit ». Il remet ici clairement en question la responsabilisation des autorités militaires qui, en vertu de l'article 11, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 14 janvier 1975 précitée, sont dorénavant déjà « responsables des ordres qu'ils donnent ».

Le terme « responsable » doit s'entendre dans le sens de la répression autant que dans celui de devoir poser un acte responsable, en particulier dans le cadre des ordres qui sont donnés, en ce compris le contrôle a priori de leur légalité.

Parallellisme met andere naties

Om de noodzaak van de aanvulling van het artikel te beklemtonen, baseert de auteur van het ontwerp zich op een bepaling ingevoegd in 1966 in het (Franse) « Règlement de discipline générale dans les armées » en die gelijkwaardig is aan de voorgestelde bepaling.

Deze specifieke bepaling die tot doel heeft de militair te « beschermen » tegen een weigering van een onwettig bevel, is van geen nut in de Belgische rechtsorde omdat, zoals het door de SAT daarnet vermeld werd, een weigering in geen enkel geval, zij op disciplinair of strafrechtelijk vlak, kan vervolgd worden en dit in toepassing van de algemene regel, die bepaalt dat het verboden is een onwettig bevel uit te voeren.

De Franse bepaling van 1966 beoogt eigenlijk de militair de mogelijkheid te geven een bevestiging van de wettigheid van een bevel te vragen aan de hiërarchie.

Het ziet ernaar uit dat deze bepaling in Frankrijk voor geen probleem zorgt, aangezien zij sinds haar invoering in 1966 nog niet opgeheven werd. Omdat ze een echt pluspunt is voor de eenheden die haar moeten toepassen ? Of omdat ze geen echte meerwaarde oplevert, maar ook de operationele inzet van de eenheden niet belet ? Of omdat het Franse leger, sinds 1966, een geheel van praktische maatregelen heeft uitgewerkt zoals de Belgische strijdkrachten dit hebben gedaan ? Autant de questions dont la réponse mériterait l'intérêt.

En ce qui concerne la plus-value de cette protection dans un cadre belge, je renverrai aux éléments développés au premier point dès lors que, quelles que soient la question posée et la réponse reçue, l'article 11, § 2, alinéa 2, de la loi du 14 janvier 1975 précitée détermine qu'« un ordre ne peut être exécuté si cette exécution peut entraîner manifestement la perpétration d'un crime ou d'un délit ».

Il est par conséquent permis de se demander si cet exemple français mérite d'être suivi, cette pseudo-protection ayant pour conséquence à la fois de jeter plus de confusion qu'aujourd'hui dans l'esprit du militaire exécutant et de paralyser partiellement l'exercice du commandement, alors que des règles pratiques sont mises en œuvre lors d'opérations, tel que nous l'avons examiné tout à l'heure et tel que nous le développerons encore davantage dans le propos immédiatement suivant.

Difficulté d'appréciation pour le militaire placé sous un commandement international

Le SAT s'est interrogé sur la valeur ajoutée de la disposition proposée en rappelant que le militaire belge reste soumis à la législation belge, quand bien même l'ordre reçu d'un supérieur non-Belge serait illégal.

La question est d'autant plus pertinente à l'observation des éléments tout sauf théoriques que la Belgique a mis en place au fil des années de participation à des opérations.

Outre la systématique de pratique des normes de droit des conflit armé lors de la formation et de l'entraînement du militaire, exposée tout à l'heure, qui a un caractère général, deux procédures complètent le dispositif spécifique à une opération.

Eenzijds gaat het om nationale beperkingen inzake de deelname van Belgische militairen aan een internationale operatie, zoals, bijvoorbeeld in het kader van ISAF, het verbod voor een Belgisch detachement om zich buiten de omheining van het vliegveld van Kabul te begeven.

Anderzijds, als de nodige snelle interventie het beoordelingsvermogen van de militair zou verhinderen of beperken, heeft België zelf beschermingsmaatregelen ingebouwd. In het geval van de inzet van F-16's in ISAF gaat het onder andere om een « red card holder », met name een officier aangeduid in het nationaal contingent, die geen enkel toegevoegde waarde heeft op het operationele vlak, maar die systematisch nagaat of de aan de Belgische piloten opgelegde opdrachten stroken met de normen die door België bepaald werden.

Kritische analyse van het voorstel

Na deze algemene beschouwingen zal ik mij nu toeleggen op het systematisch becommentariëren van ieder (nieuw) lid van het voorstel.

Eerste lid

« De ondergeschikte die een bevel ontvangt, zoals bedoeld in de voorgaande paragraaf, dient zijn bezwaar aan te voeren door, krachtens deze wet, een bevestiging van de wettelijkheid van dat bevel te vragen aan de meerdere die het hem geeft. ».

Het verbod voor de militair om een onwettig bevel uit te voeren, werd uitgebreid genoeg becommentarieerd. Hetzelfde verbod is eveneens van toepassing op de overheid. De overheid moet de nationale en internationale normen eerbiedigen, die van toepassing zijn op ieder militair, met inbegrip van dit verbod, krachtens artikel 9, 2°, van de voornoemde wet van 14 januari 1975. Zowel op tuchtrechtelijk vlak alsook op strafrechtelijk vlak is de militair dus beschermd, indien hij weigert een onwettig bevel uit te voeren. Men kan zich dan ook afvragen of het verzoek tot bevestiging een pluspunt is.

Naast dit aspect kan de verplichting tot het bekomen van een bevestiging van de overheid, voor problemen zorgen voor zover ze bij de militair de indruk van straffeloosheid kan scheppen, terwijl hij uiteindelijk zelf oordeelt over de feiten en zelf verantwoordelijk is voor de daden die hij begaat, indien deze met de wet onverenigbaar zijn.

De draagwijdte van deze bevestiging is ook niet altijd duidelijk en het geven van een bevestiging zal niet altijd mogelijk zijn, vooral in de situatie die de auteur erkent als het meest problematische, namelijk wanneer een snelle reactie nodig is en wanneer het ingrijpen geen vertraging mag oplopen ten gevolge van een strakke administratieve procedure. Het zou zelfs kunnen zijn dat het volledig onverenigbaar is in bepaalde operationele omstandigheden.

Dit is de reden waarom de praktische maatregelen, die binnen de Belgische strijdkrachten van kracht zijn, en straks becommentarieerd werden, de militair meer bescherming bieden dan de voorgestelde aanpassing van een wettelijke basis : de kennis van en de inachtneming van de limieten van de wettigheid van een bevel worden verzekerd voordat het bevel wordt gegeven (vormings- en trainingsfases, en later de voorbereidingsfase van een opdracht) en, ten laatste, in de

snelste omstandigheden, op het moment waarop het bevel is gegeven – een prachtig voorbeeld daarvan is de voornoemde « red card holder » die de opdracht van de piloten F-16's bij ISAF controleert.

Deuxième alinéa

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

L'auteur justifie cette règle par le fait qu'il est utile de rappeler que la réaction du supérieur ne peut être répressive.

Or, on l'a vu ci-dessus, la demande de confirmation de la légalité de l'ordre ne peut constituer un manquement à la discipline. Le militaire subordonné est protégé sur le plan disciplinaire ou pénal s'il refuse de commettre un ordre illégal.

L'alinéa peut donc être supprimé : une disposition légale ne doit pas répéter l'application d'une règle qui se déduirait clairement de l'application d'une autre disposition légale.

Troisième alinéa

« 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. ».

Cet alinéa est imprécis et peut entraîner des interprétations équivoques. Quelques questions :

Quand peut-on considérer cette obligation comme remplie ?

Sous quelle forme l'obligation pourra-t-elle être considérée comme remplie, oralement ou par écrit ?

Dans quel délai ?

Comment tenir compte de circonstances qui peuvent empêcher une telle confirmation, tel que le besoin de réaction rapide ?

Qui est le supérieur ? Le « red card holder », cité comme exemple au sein d'ISAF, pourrait-il être considéré comme le supérieur ?

Ces questions doivent trouver des réponses très concrètes et exécutoires, tenant compte qu'elles induiront une charge supplémentaire, éventuellement administrative, dans un domaine où la rapidité de réaction peut être nécessaire.

Quatrième alinéa

« Le supérieur qui omet de répondre à une demande de confirmation de la légalité de l'ordre est passible de sanctions disciplinaires du chef de transgression de l'article 9, 2°, de la loi du 14 janvier 1975, sans préjudice de l'application des dispositions pénales relatives à la participation à un crime ou à un délit. ».

Cet alinéa peut être supprimé étant donné que cette règle découlerait déjà clairement de l'alinéa 1^{er} proposé, et ne doit pas être répété.

Vijfde lid

« Noch de onmogelijkheid om de bevestiging van de wettelijkheid van het bevel te vragen of te krijgen, noch de bevestiging van die wettelijkheid door een meerdere ontslaat de ondergeschikte

van zijn plicht om een bevel, dat volgens hem kennelijk het plegen van een misdaad of een wanbedrijf zal meebrengen, niet uit te voeren. ».

Deze bepaling is het vervolg van het derde lid dat stelt dat de meerdere verplicht is op de vraag van de ondergeschikte te beantwoorden. Wij zien niet in in hoeverre dit vijfde lid beter antwoordt op de vragen die door het derde lid opgeworpen werden.

Welke ook de mogelijkheid of onmogelijkheid moge weze voor de militair om vragen te stellen en, nadien, antwoorden te bekomen, zorgt deze bepaling ervoor dat hij terug op het vertrekpunt komt : hij blijft onderworpen aan de verplichting om geen onwettig bevel uit te voeren.

Indien de militair beslist het bevel niet uit te voeren, omdat hij van oordeel is dat het onwettig is, kan hij later vervolgd worden op het tuchtrechtelijke of strafrechtelijke vlak als blijkt dat het bevel uiteindelijk wettig was. Zoals daarstraks door de SAT vermeld werd, is het toekomstige dilemma hetzelfde dilemma als vandaag.

Ik sluit mij bovendien bij de SAT aan als hij wijst op de verwarring waarin de militair kan geraken. De bevestiging van de wettigheid van het bevel, die een plicht voor de meerdere is, kan van dien aard zijn dat de ondergeschikte overtuigd wordt van het feit dat hij geen enkel risico oploopt, indien hij de toestand verkeerd beoordeelt, terwijl hij eigenlijk persoonlijk verantwoordelijk blijft voor zijn daden.

De militair geniet van geen enkele bescherming; hij is de enige die over zijn daden kan oordelen, zodat de toevlucht tot de bevestiging geen toegevoegde waarde biedt en eerder voor verwarring zal zorgen bij een soldaat die geen jurist is.

Met dit lid bevindt de ondergeschikte militair zich op het einde van de weg terug aan het begin; namelijk hij blijft geconfronteerd met zijn eigen zin voor verantwoordelijkheid. Daardoor volgende dubbele vaststelling : als de toegevoegde waarde op het juridische vlak al voor discussie kan zorgen, dan zal de toegevoegde waarde op het vlak van de operationele inzet nog minder verzekerd zijn.

Sixième alinéa

« Le subordonné qui décide de ne pas obéir à un ordre dont l'exécution lui paraîtrait pouvoir entraîner manifestement la perpétration d'un crime ou d'un délit, s'expose, si son appréciation s'avère erronée, à des poursuites pénales ou disciplinaires. ».

A la suite du commentaire de l'alinéa précédent, l'application de cette disposition a pour conséquence que le militaire n'est pas protégé sur le plan disciplinaire ou pénal, s'il refuse un ordre qui était finalement légal.

Le militaire n'est pas davantage protégé qu'actuellement et se retrouve seul face au choix d'exécuter ou non l'ordre.

Pire encore, le fait d'introduire une nouvelle procédure et, dans le même temps, de le mettre en garde contre un mauvais usage de son droit est de nature à introduire un doute supplémentaire dans l'esprit du subordonné.

Besluit

De beoogde doelstelling is lovenswaardig, maar het voorgestelde ontwerp bereikt het doel niet : de militair wordt niet beter « beschermd » op het juridische vlak en, op het strikt praktische vlak, blijft

hij geconfronteerd worden met zijn persoonlijke beoordeling, omdat hij uiteindelijk niet vrijgesteld wordt van het niet uitvoeren van een onwettig bevel.

Outre partager l'avis du SAT, lorsque celui-ci se demandait tout à l'heure si les dispositions envisagées étaient bien claires et cohérentes avec les dispositions existantes de la loi du 14 janvier 1975, la DGHR n'aperçoit pas en quoi cette évolution juridique constituerait une plus-value par rapport aux mesures mises en place actuellement au sein des Forces armées belges, qui permettent à tout militaire d'apprécier la légalité d'un ordre.

De modale militair is geen jurist ; het is dan ook raadzaam eenvoudig en praktisch te blijven. De volledige en pragmatische procedures die door België uitgewerkt werden, beantwoorden enerzijds aan deze behoefte.

Anderzijds zorgt het huidige artikel 11, § 2, tweede lid, van de wet van 14 januari 1975 blijkbaar voor geen bijzondere interpretatieproblemen.

Il convient en tout cas d'éviter toute disposition qui, pour juridiquement correcte qu'elle soit, n'en aurait pas moins pour effet de paralyser la prise de commandement et la mise en œuvre opérationnelle pratique par l'état de confusion qui naîtrait à la fois dans l'esprit du militaire exécutant et dans celui du supérieur à qui il serait imposé de confirmer explicitement sa décision.

Etude d'une initiative législative possible concernant le devoir d'obéissance des militaires

Rapport établi par le
Lt-Col (r.) Stéphane de Lobkowicz (DGJM) & le Cdt Dominique Crevecoeur (DGJM)

1. Introduction par le professeur Stanislas Horvat, chaire de droit, Ecole royale militaire

Le professeur Horvat a introduit le séminaire par un rappel législatif.

La base de la matière est contenue dans l'article 11 § 2 de la loi du 14 janvier 1975 portant le règlement de discipline des forces armées ou règlement de discipline militaire :

« 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 ».

Par contre, lorsque le militaire refuse d'exécuter un ordre, il se montre coupable d'insubordination et devient de ce fait passible de sanctions.

D'autre part, l'article 70 du Code pénal classique absout l'auteur de l'infraction lorsque le fait était ordonné par la loi et commandé par l'autorité.

Il y a donc là un dilemme pour le militaire :

Soit, il refuse un ordre illégal mais se faisant il risque de se montrer coupable d'insubordination.

Soit, il y obéit et dans ce cas il pourrait être absout par l'art. 70 C.P.

Un autre problème est le distinguo qu'il convient de faire entre l'ordre manifestement illégal (cas de M^ỹ Lai) et celui où cela est moins manifeste.

Un troisième problème ne trouve aucune réponse dans la législation actuelle : comment le militaire doit-il refuser un ordre manifestement illégal ?

La pratique a développé certaines solutions telles que :

*Je vous couvre,
Je connais mon métier,
Je suis le chef, c'est mon job, ...*

Et pourtant, parfois, sur le terrain, il est difficile d'apprécier le caractère « manifestement » illégal d'un ordre (exemple : tir à longue distance. *Je ne vois rien, je crois apercevoir des civils*).

En cas de doute, le LEGAD peut-être consulté mais encore faut-il avoir le temps de le faire.

Quid si un ordre est donné et qu'a posteriori le LEGAD intervient pour signifier que l'ordre était illégal ?

Quid de la différenciation à faire entre un ordre donné pour le service ou sans qu'il soit donné pour le service ?

Quid d'un refus d'ordre manifesté par un militaire car y obtempérer lui ferait craindre pour sa vie ?

Bref, de nombreux problèmes sont soulevés, ceux évoqués ne l'étant qu'à titre exemplatif.

2. Présentation générale d'un texte de loi possible par le colonel d'aviation BEM Hre Robert Remacle

Le colonel Remacle présente un avant-projet de loi complétant l'article 11 § 2 du règlement de discipline militaire. C'est ce texte qui fait l'objet du séminaire d'aujourd'hui.

Le document, joint en annexe, a été distribué aux participants.

L'orateur rappelle la Génèse de ce texte, les différentes contributions, déjà anciennes, de personnalités de références réunies dans un groupe de travail de haut niveau et l'intervention du Centre d'étude de droit militaire et de droit de la guerre. Il regrette que le texte transmis en 2001 au cabinet de monsieur le Ministre de la défense nationale n'ait pas été suivi d'effets malgré que le règlement ait déjà été modifié à trois reprises depuis 1975. Toutefois, il croit utile, par l'intermédiaire du séminaire de ce jour, de réactiver le débat en raison de l'importance du sujet.

Le Colonel brosse un rapide rappel historique de la période où l'obéissance aveugle était la règle pour le militaire jusqu'au tournant de Nuremberg.

Il souligne que depuis, de nombreuses législations nationales ainsi que de nombreux règlements militaires ont repris le principe acquis à Nuremberg selon lequel le fait d'avoir agi sur ordre du Gouvernement ou celui de son supérieur ne dégage pas la responsabilité de son auteur. Il existe dans de nombreux règlements militaires des dispositions permettant de ne pas respecter un ordre illégal.

Mais il faut regretter qu'en Belgique, notamment, il n'existe pas dans le règlement de discipline militaire une procédure d'exécution du devoir qu'à le subordonné de ne pas exécuter un ordre manifestement illégal.

Recoupant les propos de l'orateur précédent, le Colonel note que refuser d'exécuter un ordre est un acte de désobéissance et que donc l'absence de procédure peut mener à des conflits entre chefs et subordonnés.

Il faut chercher un équilibre entre l'obéissance aux ordres et le respect de la légalité mais aussi éviter les abus qu'une interprétation tatillonne d'une législation mal rédigée pourrait amener.

Le Colonel termine son exposé par une présentation de l'article de loi proposé en commentant les différents alinéas. (voir le texte joint en annexe).

3. 1. Avis critique par le colonel BAM Jean-Paul Claeys, SAT 7

L'avis exprimé par le colonel Claeys fut pour le moins critique.

Il détailla son opinion en cinq points :

L'objectif de l'avant-projet

L'objectif est sans doute louable. Il est important d'empêcher que soit exécuté les ordres illégaux menant à des crimes ou à des délits tout en notant qu'il peut y avoir des ordres illégaux qui ne mènent pas nécessairement à de telles infractions pénales.

Les motifs appelant à le voir adopter

Très clairement, en plus de l'évidente carence législative, l'internationalisation des conflits où un militaire qui ne doit obéir qu'à sa législation nationale peut se trouver sous les ordres d'un supérieur étranger n'obéissant pas à la même légalisation et dont le pays n'a pas signé les mêmes conventions internationales, nécessite une intervention du législateur.

Son application concrète

Il faudrait que le texte proposé constitue une plus-value par rapport à la situation actuelle et il faudrait en outre que le texte soit très concrètement applicable par le militaire.

Pour le Colonel, si le texte est adopté tel que proposé, le soldat sera confronté à un plus grand dilemme qu'auparavant.

Jusqu'à présent il refusait d'obéir à un ordre illégal. A présent, il doit refuser, ensuite demander confirmation de la légalité de l'ordre et une deuxième fois refuser de l'exécuter ce qui ne lui facilitera certainement pas la tâche.

La place de cette disposition dans le loi de 1975

Faut-il créer un § 3 ou ajouter la disposition proposée dans le § 2 ?

Conclusions

Le projet introduit une nouvelle obligation pour le militaire, réitère l'obligation de ne pas respecter certains ordres et accroît le poids de la décision sur les épaules du soldat.

3. 2. Avis critique par le Lieutenant-Colonel BAM Fontaine, HRP

Ce second avis a été aussi critique le précédent et le rejoint sous beaucoup d'aspects.

Il commence par une analyse de la justification générale de la proposition de modification en y développant les trois aspects repris ci-dessous et il termine par une analyse critique de la proposition alinéa par alinéa.

La difficulté de l'appréciation de la légalité d'un ordre

Le militaire se trouve entre le marteau et l'enclume. Quel que soit son grade, il est difficile pour le militaire d'apprécier la légalité d'un ordre.

Heureusement, sa formation et son entraînement l'aident à déterminer la légalité d'un ordre reçu.

De plus, des conseillers en droits des conflits armés et des LEGAD interviennent à présent pour aider les militaires à résoudre ce type de conflits.

Le collectif d'auteurs de la proposition estime que l'obligation pour le supérieur de confirmer la légalité d'un ordre évitera que ce dernier persévère dans son intention de donner un ordre devant conduire à la perpétration d'un crime ou d'un délit.

Mais l'article 11 § 1^{er} al 2 de la loi de 1975 ne responsabilisait-elle pas déjà le militaire en ce sens ?

Le parallélisme avec d'autres nations

Clairement, les auteurs ont basé la nécessité de compléter l'article 11 du règlement militaire belge sur le « Règlement général de discipline » français de 1966 dont le but principal était de protéger le militaire contre les éventuelles conséquences négatives d'un refus d'ordre illégal.

Les dispositions françaises de 1966 permettant au militaire de demander à sa hiérarchie la confirmation de la légalité d'un ordre dont il douterait n'a pas trouvé de réelle application dans les faits.

Pourquoi ? Les raisons en sont multiples et le Colonel en donne plusieurs explications possibles.

Et donc, on peut se demander s'il est utile de suivre l'exemple français ce qui aurait pour effet de jeter encore plus de confusion chez le militaire et mettrait à mal l'exercice du commandement alors qu'en opération des règles pratiques se sont progressivement développées pour résoudre ce type de situations.

La difficulté d'appréciation pour le militaire placé sous un commandement international

Cette difficulté est loin de n'être que théorique puisque ces dernières années les militaires belges ont été appelés en opération à l'étranger et qu'ils s'y trouvent fréquemment sous commandement étranger.

Alors qu'ils ne doivent obéir qu'aux lois belges, les défenseurs de l'aéroport de Kaboul ou des pilotes de F16 furent confrontés à des ordres contraires aux normes du droit positif belge donnés par des supérieurs étrangers.

Dans ces conditions on peut légitimement s'interroger sur le « plus » que pourrait apporter la législation proposée.

Analyse critique systématique de la proposition alinéa par alinéa

Dans une analyse sans concession l'orateur évoque chacun des alinéas proposant tantôt leur suppression ou évoquant tantôt leur difficulté d'interprétation.

Le colonel Fontaine et la DGHR en concluent que le texte proposé n'apporte pas de plus-value par rapport à la situation actuelle qui a su par une pratique intelligente compenser l'insuffisance législative.

Ils estiment, de plus, que l'adoption d'une telle législation mettrait à mal le commandement et sèmerait la confusion dans l'esprit aussi bien du sommet de la hiérarchie que de sa base.

4. Discussions en groupes de travail sous la conduite de l'avocat général Léon Oldenhove de Guertechin, du colonel MAB Dr. Robert Gerits, du colonel d'aviation BEM Hre. Robert Remacle et du major Hans De Tant

5. Proposition des groupes de travail

5.1. Groupe 1

Ce groupe, à l'instar du colonel Fontaine s'est livré, sur la forme, à une analyse en détail du texte et propose de nombreux amendements.

Sur le fond, il insiste beaucoup sur la dimension « terrain » qui doit être mise en adéquation avec les textes rédigés par des juristes éloignés des réalités.

Ses membres estiment que le militaire dispose d'instruments suffisants au niveau du droit de la guerre et des conflits armés et que de ce fait la plupart des officiers sont dotés d'une formation suffisante qu'ils sont obligés, par ailleurs, à transmettre jusqu'au bas de leur hiérarchie.

Ils rappellent, enfin, la possibilité d'une assistance juridique et judiciaire des militaires qui ont droit à une aide gratuite pour tous les faits commis pendant le service.

5.2. Groupe 2

Ce groupe a commencé ses travaux par poser des questions théoriques et pratiques préliminaires.

Ses membres ont relevé que les causes de justification diffèrent entre le statut de Rome et la législation belge.

Ils constatent que les cas concernés sont rares car dans la pratique les commandants sont assistés par des LEGAD ce qui diminue le risque de se trouver aux prises avec un ordre illégal.

Ensuite, le groupe estime que les textes actuels sont déjà suffisants.

Seul manque, à ses yeux, le « comment ? ».

Comment le militaire doit-il concrètement marquer son opposition à la réalisation d'un ordre illégal ?

Ses membres constatent aussi que le problème débattu concerne en réalité beaucoup plus le sommet de la hiérarchie que le soldat.

5.3. Groupe 3

Ce groupe a abordé surtout le fond et a manqué de temps pour étudier la forme.

Il formule cinq remarques.

Il se pose la question de l'opportunité de la modification proposée estimant que la jurisprudence a résolu les problèmes posés.

Il constate que dans le règlement de discipline de 2009 il n'y a plus d'insubordination en cas de refus d'obéir à un ordre illégal mais par contre il estime que le règlement devrait envisager les ordres donnés par un militaire étranger clairement identifié comme appartenant à la hiérarchie.

Distinction doit être faite entre l'ordre illégal qui doit être exécuté et l'ordre entraînant la perpétration d'un crime ou d'un délit qui doit être refusé.

La procédure proposée devrait être appliquée en cas de doute mais en cas d'ordre manifestement illégal l'ordre devrait être refusé sans application de la procédure proposée.

L'enseignement du droit des conflits armés devrait être uniformisés car il est différent suivant le type d'unités auxquelles il est prodigué.

Le groupe fut aussi le terrain d'un débat sur le caractère pénal de l'insubordination.

La conclusion de ce groupe tourna autour des difficultés matérielles sur le terrain dont devra tenir compte le nouveau paragraphe proposé.

5.4. Groupe 4

Ce groupe étudia quatre aspects de la question.

Quelle est l'opportunité de l'avant-projet sachant que les situations évoquées se produisent une fois tous les 20 ans ?

Que dirait une étude de droit comparé qui n'a pas encore été entreprise sérieusement ?

Il faut tenir compte de la multinationalité des opérations et de la multiplicité des textes légaux.

Comme le 1^{er} groupe, le 4^{ème} groupe s'est penché plus longuement sur la forme du texte et a suggéré plusieurs corrections légistiques.

Et enfin, la dernière considération fit immédiatement l'objet de contestations spontanées de la salle. La question était de savoir si la modification proposée devait se faire via l'adoption d'une loi qui nécessiterait automatiquement une consultation des organisations syndicales avec toutes les conséquences qui pourraient en découler.

6. Discussion plénière

Le débat ne fut pas particulièrement animé mais il permit essentiellement aux uns et aux autres d'insister sur certains aspects de la question.

On peut citer notamment les interventions suivantes :

Attention à l'application sur le terrain. Ne compliquons pas inutilement la tâche de nos soldats par de nouveaux règlements.

Les cas traités par la justice militaire avec la législation actuelle sont extrêmement rares. (Plusieurs interventions en ce sens). Dans les faits, il n'y a pas de multiplication d'ordres illégaux.

S'est ensuite exprimé un regret de la branche opérationnelle de n'avoir pas été consulté et qu'une nouvelle fois les textes ont été élaborés par de seuls juristes-techniciens.

Jusqu'à présent on a pas estimé opportun de modifier la loi. Est-il, par conséquent, utile de le faire en notre période actuelle de contestation ? Pour un très petit nombre de cas recensés on risque de semer la zizanie dans les casernes.

Une des propositions techniques du groupe 1 était de rendre la procédure facultative. Un intervenant répond à cette proposition en estimant que cela condamnerait à mort la nouvelle législation.

Sur le plan opérationnel on évoque le cas d'un changement de situation entre le moment où l'ordre est donné et le moment où il doit être exécuté. (Exemple : des civils apparaissent subitement sur le pont qu'il faut faire sauter). Quid dans ce cas de figure ?

On évoque aussi le problème de la preuve que pourrait apporter le militaire entendant son supérieur lui dire « *Je vous couvre* ». C'est le problème de l'ordre qui devrait être écrit. Mais quid alors de la pratique où la plupart des ordres sont donnés par radio ou de l'ordre rédigé ... après l'opération ?

Un intervenant estime que le militaire qui refuse d'exécuter un ordre illégal doit à tout le moins en informer sa hiérarchie sous peine de ruiner la mission de toute son unité.

Mais un autre intervenant lui rétorque que si une telle attitude peut-être utile pour permettre de donner d'autres ordres, en agissant de la sorte l'insubordonné prend plus de risques car il se constitue des preuves contre lui-même.

7. Conclusions par le conseiller général Christian Gossiaux, JMLEGAD

Monsieur Gossiaux débuta ses conclusions générales en remerciant chaleureusement les participants en se réjouissant du succès de la journée.

Il indiqua avoir apprécié tout particulièrement la participation active de chacun.

Il se lança ensuite dans un résumé très complet des rapports des quatre groupes de travail. Les principaux éléments de sa synthèse sont repris pour la facilité au point 5 ci-dessus.

Le Conseiller général Gossiaux en vint alors à ses conclusions proprement dites.

Selon lui, la question de l'opportunité du texte est clairement posée.

Il faudra y répondre préalablement avant de se pencher sur sa légistique.

Quoi qu'il en soit, une étude préalable sérieuse en droit comparé, notamment vers le Royaume-Uni, la France et l'Allemagne où des exemples existent déjà, devra être entreprise.

Sur le plan strictement légistique, le Conseiller général passe ensuite en revue les différents alinéas et les termes utilisés.

Se pose en fin de compte la question de la finalité des travaux de ce jour.

Monsieur Gossiaux formule le vœu de voir s'établir un compte-rendu détaillé de nos travaux qui devra être transmis ensuite à DGJM ainsi qu'au ministère.

Il saisit l'occasion pour faire part à l'assemblée de la constitution d'un groupe de travail en vue de préparer un manuel pratique de droit à l'usage des troupes en opération.

Il termine en soulignant le fait qu'à l'heure actuelle de nombreux militaires sont inquiets en raison de l'incertitude juridique dans laquelle ils doivent travailler. A titre de boutade il ajoute que bientôt il faudra un conseiller juridique derrière chaque soldat en vue de lui dire si l'acte qu'il s'apprête à poser est légal ou non.

Il espère que grâce à des initiatives comme le workshop de ce jour on en arrivera pas là.

1. Voorafgaande bemerking

De F tekst van het 6^e lid stemt niet volledig overeen met de N tekst. Indien de F tekst als uitgangspunt wordt genomen, is in de N tekst te lezen: “*stelt zich bloot aan strafrechtelijke of tuchtrechtelijke vervolgingen*”.

De vraag rijst evenwel of de verwijzing naar een mogelijke tuchtprocedure wel moet behouden worden: een insubordinatie kan immers niet bestraft worden met een tuchtstraf tenzij de gerechtelijke instanties de zaak hebben verwezen naar de korpstucht.

2. Werkmethode

Gelet op de kritiek van Kab MOD en van DG HR die het initiatief als eerder overbodig beschouwen, werd voornamelijk gezocht naar de echte meerwaarde van het voorstel. Gelet op het tijdsgebrek kwamen de legistische (vormelijke) aspecten niet aan bod.

3. Vaststellingen van de werkgroep

- a. Er moet zeker meer geïnvesteerd worden in de vorming van de militairen en in het bijzonder in deze van de beroepsvrijwilligers. De problematiek situeert zich immers niet alleen op het niveau van de hogere staven, maar ook op de laagste echelons (bv. in het kader van een patrouille).
- b. Een eerste meerwaarde van het bevestigingsprocedé bestaat erin dat een wanbedrijf of een misdaad kan verhinderd worden doordat de meerdere via de vraag tot bevestiging aangezet wordt tot een nieuwe reflectie en wilsuitdrukking. Indien de meerdere tot de bevinding komt dat hij zijn bevel moet herzien, heeft dit voor hemzelf als voordeel dat hij niet zal vervolgd worden voor het aanzetten tot een wanbedrijf of een misdaad.
- c. Een tweede meerwaarde is dat het procedé meer rechtsbescherming kan bieden aan de militairen die een bevel moeten uitvoeren. Indien het initiële bevel bevestigd wordt door de meerdere, kan dit immers een verzachtend impact hebben op de beoordeling van het manifeste karakter van de begane onwettigheid door de rechterlijke instantie. De militair zou zich t.o.v. de rechter zelfs in bepaalde gevallen kunnen beroepen op de rechtsfiguur van de dwaling: hij kan dan aanvoeren dat hij misleid werd door de bevestiging van het bevel door de meerdere.
- d. De regeling zou uitdrukkelijker moeten voorzien dat het vragen van een bevestiging geen verplichting vormt, maar enkel een mogelijkheid van de ondergeschikte. Het facultatieve karakter van het procedé moet dus duidelijker blijken.
- e. De regeling moet voorzien dat de procedure vervalst (dus geen bevestigingsprocedure) indien de meerdere oordeelt dat de procedure onverenigbaar is met de noodzaak tot snelle uitvoering van het bevel.

4. Randbemerkingen

De interne reglementering dient ook aandacht te besteden aan de schriftelijke neerslag van de bevestiging van een bevel.

De haalbaarheid van de procedure moet in ieder geval met ACOS Ops&Trg getoetst worden.

Numéro de Dépôt Légal/Afdeling Wettelijk Depot : D/2010/8547/1 – 20 Ex

Imprimé en Belgique

Gedrukt in België

Printed in Belgium