

ECOLE DE GUERRE



PROMOTION *VERDUN*

2015 -2016

L'application du droit international des droits de l'homme aux opérations militaires : un risque d'inhibition du décideur militaire ?

CRC2 Aude Ballarin-Nicole

Sous la direction du LCL Jérôme Cario.

INTRODUCTION :

« Silent enim leges inter arma »¹. Cinquante-deux ans avant Jésus-Christ, Cicéron plaidait ainsi pour défendre les actes de Milon lors d'un conflit armé interne à Rome. Aujourd'hui encore, de nombreuses voix s'élèvent pour mettre en doute ou nier le fait que la règle de droit puisse régir les comportements dans les situations violentes et exceptionnelles que sont les conflits armés² et plus largement les opérations militaires³.

A l'heure du choix d'un sujet parmi la liste proposée, la question de l'application du droit international des droits de l'homme aux opérations militaires comme susceptible de créer ou amplifier un risque d'inhibition pour le décideur militaire a fait écho de façon tout à fait particulière à mon cursus académique et mon expérience professionnelle.

Juriste de formation, le droit international des droits de l'homme est resté dans ma mémoire comme d'une rare complexité et d'une réelle finesse. Ce droit en développement, à la fois utopique et pratique, aux dimensions internationale, régionale et nationale, fait appel à de multiples systèmes juridiques, instruments et acteurs, et présente une richesse toute particulière. Cette question, qui renvoie à la problématique de l'articulation entre droit international des droits de l'homme, droit européen des droits de l'homme et droit international humanitaire est juridiquement technique et intéressante.

Par ailleurs la formulation du sujet entre en résonance avec une expérience de conseiller juridique du commandement de près de 10 ans, en ce qu'elle met en exergue ce que j'analyse comme le cœur de ce métier: permettre l'accomplissement de la mission en évaluant au mieux le risque juridique, afin de créer les conditions de la prise de décision éclairée du décideur militaire.

C'est dans cet esprit pragmatique **d'évaluation du risque réel**, certainement inspiré d'une courte et récente expérience d'audit interne, que j'ai souhaité traiter ce sujet. En effet, les ouvrages et articles consultés sur la question des conséquences de l'application des conventions internationales et européennes des droits de l'homme aux opérations militaires traitent la problématique sous deux approches différentes.

Tout d'abord de nombreuses publications juridiques traitent des évolutions jurisprudentielles en la matière, notamment relatives à l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH). Elles analysent les modalités d'application du droit international des droits de l'homme (DIDH) au regard ou en lien avec le droit international humanitaire (DIH) et leurs conséquences juridiques possibles pour les forces armées. Emaillées d'exégèses jurisprudentielles et de débats d'experts, ces analyses sont très

¹ «Entre les armes, les lois se taisent. » (Cité dans Cicéron, Pro Milone, 4.11).

² Selon la prise de position du comité international de la croix rouge (CICR) de mars 2008, le droit international humanitaire distingue deux types de conflits armés : le conflit armé international (CAI), qui oppose deux États ou plus, et le conflit armé non international (CANI), qui oppose les forces gouvernementales à des groupes armés non gouvernementaux, ou des groupes armés entre eux.

³ La notion d'opérations militaires recouvre toutes les interventions réalisées par les armées, dans le cadre de leurs attributions et sous l'autorité du chef d'Etat major des armées. Elles peuvent se dérouler à l'extérieur du territoire dans le cadre de conflits armés (opérations Barkhane, Chammal, Sangaris, Daman), mais également en dehors de ce cadre dans des situations de crise sécuritaire comme pour l'opération Atalante (lutte contre la piraterie maritime) ou encore dans un cadre de protection des intérêts français et de participation à la sécurité maritime (opération Corymbe). Elles peuvent également se dérouler sur le territoire national, en dehors de toute notion de conflit armé, à l'exemple des opérations Vigipirate et Sentinelle.

techniques et souvent trop théoriques pour paraître directement utiles à l'appréhension des risques par les acteurs opérationnels.

Par ailleurs quelques articles et ouvrages se sont intéressés, à une période assez récente, à la judiciarisation de l'action militaire et aux interactions possibles entre le droit pénal et l'action opérationnelle. Ainsi Christophe BARTHELEMY, dans son ouvrage *La « judiciarisation » des opérations militaires* », considère notamment qu'il existe un risque majeur d'inhibition du décideur militaire confronté au risque de voir engager sa responsabilité pénale.

Plus généralement, ces sources adoptent des prismes de lecture du droit assez divergentes, allant de la description à vocation pédagogique à la plaidoirie parfois catastrophiste, mais s'axent toutes globalement sur la seule « menace » pénale.

Ce court mémoire cherchera à répondre aux interrogations des décideurs opérationnels en réalisant, dans une logique de **conseil au commandement**, une **analyse des risques juridiques générés par l'irruption du DIDH** (et notamment de la CESDH) **dans les opérations militaires**.

Il s'agira ainsi de dresser un constat de la situation juridique, des risques réels et de leur nature (le droit servant parfois de paravent à d'autres objectifs), et des dispositifs mis en place pour les maîtriser.

L'objectif principal de ce travail sera de fournir une appréciation du niveau des risques résiduels, afin d'éclairer le chef militaire dans les prises de décisions nécessaires à leur gestion. Il cherchera également à **interroger les limites du cadre juridique existant et à ouvrir des pistes de réflexion** sur les travaux juridiques en cours ou à mener afin de renforcer la maîtrise de ces risques.

Pour ce faire, la méthode choisie est basée sur la lecture de la littérature juridique disponible, et la rencontre d'acteurs divers, du monde juridique mais également militaire et humanitaire. A ce titre la qualité des interventions réalisées dans le cadre du module éthique et juridique de l'école de guerre a également été une source précieuse d'informations et de témoignages.

La « judiciarisation du champ de bataille » n'est plus un concept théorique, mais une réalité matérialisée par des affaires comme celle d'Uzbin. Les actes soumis au juge ne sont plus seulement des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité mais des actions de combat que l'on pourrait qualifier d'« ordinaires ».

Cet état de fait, couplé à une relative méconnaissance de la sphère judiciaire, est susceptible d'engendrer des sentiments d'incompréhension, de crainte, qui pourraient entraîner une inhibition et risquer de réduire l'efficacité des opérations.

Ainsi, une opinion « militairement correcte » est de considérer **le droit comme une contrainte forte, parfois trop forte, dans l'accomplissement de la mission**, une contrainte susceptible de devenir un facteur d'inhibition de l'action, notamment en raison de la menace de pénalisation.

L'irruption récente des conventions internationales et européennes des droits de l'homme sur le champ de bataille, et notamment de la CESDH dans l'équation juridique, a pu renforcer ce sentiment. Chez nos alliés britanniques, de nombreuses et véhémentes voix se sont élevées pour dénoncer l'application du droit européen des droits de l'homme au champ de bataille, au nom de l'accomplissement de la mission⁴.

⁴ Notamment: "Clearing the Fog of Law Saving our armed forces from defeat by judicial diktat", Richard Ekins, Jonathan Morgan, Tom Tugendhat, Policy Exchange, 2015 et "Protection human rights in the UK, the conservatives proposals for changing Britain's human rights laws", publié le 2 octobre 2014.

Quel constat peut être fait aujourd'hui de la situation juridique, et quels sont les risques réels pour le décideur militaire ?

Si le DIDH et plus particulièrement le DEDH s'invite en effet au cœur du corpus juridique applicable aux opérations et crée de nouvelles contraintes (I), les risques juridiques liés à ce droit spécifique restent très limités pour le décideur militaire lui-même (II), et des pistes de réflexion existent qui permettraient de renforcer encore la maîtrise de ces risques pour une plus grande sérénité du décideur militaire (III).

Le droit international classique distingue très clairement le droit international applicable en temps de paix et le droit international applicable en temps de guerre, mis en œuvre dès sa proclamation.

Le droit international public comprend ainsi le *jus ad bellum* (droit de faire la guerre) ou *jus contra bellum* (droit de prévention de la guerre), qui traite des motifs de la guerre et cherche à limiter le recours à la force armée entre les Etats. Ainsi, selon la charte des Nations Unies, les Etats ne peuvent recourir à la force ou menacer d'y recourir contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre Etat (article 2.4), sauf en cas de légitime défense ou en application d'une décision du Conseil de sécurité dans le cadre du chapitre VII de la Charte. En cas de recours à la force armée, c'est le *jus in bello* (droit dans la guerre), également appelé droit des conflits armés (DCA) ou droit international humanitaire (DIH) qui s'applique. Il vise à limiter les souffrances causées par la guerre, d'une part en limitant les méthodes et moyens de faire la guerre à travers le droit dit de La Haye, et d'autre part en protégeant les personnes qui ne participent pas ou plus aux hostilités, à travers le droit dit de Genève.

Les droits de l'homme, que l'on peut définir comme « *les droits et facultés assurant la liberté et la dignité de la personne humaine et bénéficiant de garanties institutionnelles* », s'appliquent pourtant aujourd'hui même en temps de guerre, et le droit international des droits de l'homme (DIDH), s'invite au cœur du corpus juridique applicable aux opérations, créant de nouvelles contraintes.

1. Le DIDH, et plus particulièrement le DEDH, s'invite au cœur du corpus juridique applicable aux opérations et crée de nouvelles contraintes.

La grande majorité des opérations extérieures françaises implique une intervention dans le cadre d'un conflit armé, et donc l'application du droit international humanitaire (DIH) ou droit des conflits armés (DCA). Or le DIDH et plus particulièrement le DEDH s'applique également à ces opérations et va compléter le corpus juridique existant.

1.1. Complémentaire du DIH en opérations extérieures, le DIDH est applicable à toutes les opérations militaires.

1.1.1. Le DIDH, un droit spécifique distinct du DIH.

1.1.1.1. un droit spécifique

Le DIDH est un droit à part, spécifique dans l'ordre international.

Tout d'abord les droits de l'homme ont un caractère objectif, dans le sens où ils ne sont pas liés à un statut juridique particulier de l'individu, mais à sa seule qualité d'être humain, ou dans certaines hypothèses d'appartenance à un groupe défini. Ainsi, à l'inverse du droit international général, ils sont étrangers au concept de contrat et ne sont donc pas soumis au principe de réciprocité étatique⁵. Ils font par ailleurs l'objet d'une garantie collective à laquelle l'Etat ne peut se soustraire.

En outre, les droits de l'homme sont des droits individuels, dont l'individu est le titulaire alors que le droit international général ne connaît pas l'individu comme sujet de droit. Le DIDH donne à l'individu une capacité d'agir au plan international, il peut notamment adresser des requêtes à des organes internationaux, indépendamment de sa nationalité, il peut bénéficier d'un droit de pétition individuel⁶, former des plaintes individuelles⁷ et même des recours contentieux dans le cadre des mécanismes régionaux européen et américain de protection des droits de l'homme.

Enfin, en reconnaissant des droits aux individus, le DIDH fait naître des obligations à la charge des Etats, en portant atteinte à deux principes classiques du droit international. Le principe de la compétence nationale exclusive s'efface dans la mesure où l'Etat doit garantir des droits de ses nationaux mais également de tous les individus se trouvant sur son territoire, et peut même dans certains cas être l'objet d'une requête de la part d'un autre Etat. Le principe de la non-ingérence dans les affaires intérieures d'un Etat semble également remis en cause puisque le DIDH implique une responsabilité collective des Etats quant à l'application des normes.

Le DIDH recouvre une grande diversité de sources formelles, depuis la seconde guerre mondiale plusieurs centaines de textes juridiquement très disparates recouvrent des champs d'application géographique très divers.

⁵ Convention de Vienne, article 60§5, confirmé par le conseil constitutionnel dans une décision du 22 janvier 1999 relative au traité portant statut de la Cour pénale internationale.

⁶ Notamment Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, devant le Comité des droits de l'homme.

⁷ Procédure de plainte individuelle devant le Comité contre la torture organisée par le Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (article 22).

Ainsi la proclamation universelle des droits de l'homme résulte principalement de l'activité de l'Organisation des Nations Unies et des Institutions spécialisées et recouvre :

- des instruments à portée générale comme la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, les deux Pactes relatifs aux droits de l'homme adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966 et le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels ;
- des instruments à portée catégorielle comme par exemple les Déclarations de l'assemblée générale des Nations Unies sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants (9 décembre 1975), les conventions sur le statut des réfugiés (28 juillet 1951), pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (20 décembre 2006), sur les droits de l'enfant (20 novembre 1989)...

Par ailleurs la proclamation des droits de l'homme est également régionale. Historiquement apparue en Europe, elle s'est étendue en Amérique et en Afrique par le fait des organisations régionales concernées.

Le droit européen des droits de l'homme (DEDH), qui nous intéresse particulièrement dans le cadre de ce mémoire, apparaît comme **le système le plus abouti de protection des droits de l'homme**.

C'est à l'origine le Conseil de l'Europe qui œuvra pour le développer. D'abord au travers de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH) du 4 novembre 1950⁸, adoptée par 47 Etats et aujourd'hui consacrée par la Cour européenne comme « *instrument de l'ordre public européen* »⁹. Puis au travers de la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961 liant 27 Etats, qui complète la CESDH en consacrant des droits civils et politiques.

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) est un outil original, qui fait « *pleinement entrer les droits de l'homme dans le domaine du droit positif* »¹⁰ en permettant le contrôle juridictionnel du respect des droits des individus. La jurisprudence de la CEDH, forte de plusieurs milliers d'arrêts, est ainsi une source de droit en elle-même.

L'ordre communautaire a vu se développer progressivement la reconnaissance des droits de l'homme.

Initialement, le Traité de Rome ne contient aucune disposition formelle en la matière, et la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a d'abord refusé de contrôler la légitimité des actes communautaires au regard des droits de l'homme reconnus par les constitutions nationales, avant de considérer que « *le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont (elle) assure le respect* »¹¹. Aujourd'hui, la CESDH est devenue la référence, la source matérielle principale des droits fondamentaux, elle est « la pierre angulaire » de l'ordre normatif européen et est appliquée directement par le juge communautaire, qui s'appuie et cite expressément la jurisprudence de la CEDH.

⁸ Amendée par le Protocole 11 et assortie de huit protocoles additionnels.

⁹ Arrêt Loizidou contre Turquie du 23 mars 1995.

¹⁰ Selon l'expression du Professeur Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12^{ème} édition, Paris, Presses Universitaires de France, 2015, page 134.

¹¹ Arrêts CJCE Internationale Handelsgesellschaft du 17 décembre 1970 et Nold du 14 mai 1974.

Le principe de respect des droits fondamentaux est, depuis 1992, inscrit dans le Traité sur l'Union européenne¹², « constitutionnalisant » la construction jurisprudentielle de la CJCE et soulignant le rôle fondamental de la CEDH.

Enfin, la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) adoptée par le Conseil européen de Nice le 7 décembre 2000 rassemble dans un instrument unique un ensemble de droits fondamentaux, droits civils et politiques et droits sociaux, jusqu'alors dispersés dans des instruments divers.

Le DEDH recouvre donc les sources et organes de protection des droits de l'homme dans deux cadres européens distincts : celui du conseil de l'Europe (CESDH) et celui de l'Union européenne (charte des droits fondamentaux de l'Union européenne notamment). Si certains instruments de DIDH peuvent intéresser la problématique posée par ce mémoire, c'est surtout l'application du DEDH et plus particulièrement la jurisprudence de la CEDH qui sont susceptibles de s'appliquer en opérations extérieures et de poser la question de la compatibilité avec le droit « historique » de la guerre, le droit international humanitaire.

1.1.1.2. Un droit distinct du DIH, mais susceptible de le compléter et de lui apporter une nouvelle effectivité.

Le DIH et le DIDH, dont le DEDH, présentent des divergences notables, originelles et essentielles.

L'origine de ces deux droits est bien différente. Le DIH naît des besoins des Etats belligérants et vise à encadrer les hostilités en se fondant sur les normes d'un comportement « chevaleresque » et civilisé. La base de ce droit est moins la reconnaissance de droits qu'un principe d'humanité, voire de charité. Ainsi les mots « *inter arma caritas* » traduit aujourd'hui « entre les armes l'humanité » constituent la devise du Comité international de la croix rouge (CICR). Après la Seconde guerre mondiale, la protection des personnes hors de combat et des civils tend à rapprocher le DIH du DIDH en s'intéressant aux relations entre l'Etat et les citoyens ou plutôt certains de ses citoyens. Il convient en effet de noter que le DIH ne protège pas tous les individus mais seulement certaines catégories : les personnes protégées. Mais l'absence d'influence mutuelle entre les processus de rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH-1948) et la codification des Conventions de Genève (1949), illustre la séparation de principe entre ces deux branches du droit.

Dans son **essence**, le DIH est un droit « classique », basé sur la réciprocité des intérêts des Etats belligérants. Il s'applique à des relations interétatiques traditionnelles et sa mise en œuvre est confiée initialement aux Etats eux-mêmes¹³. L'individu y demeure un simple « objet » de la règle de droit. Il est donc très différent du DIDH qui fait de l'individu le sujet de droit.

Ceci explique le relatif manque d'**effectivité** du DIH, qui ne prévoit pas de droit de recours individuel à l'échelon international, ni de droit individuel à réparation. Certes, il met en œuvre un système de surveillance comprenant, notamment, le mécanisme des Puissances Protectrices, la procédure d'enquête et la Commission internationale d'établissement des faits.

¹² Article F.2 du traité de Maastricht du 7 février 1992 « *l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (...) et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire* ».

¹³ Articles 8, 9 et 10 des trois premières Conventions de Genève et 9, 10 et 11 de la quatrième.

Mais la question de savoir dans quelle mesure les victimes du DIH peuvent porter plainte contre des parties belligérantes sur la base du droit à réparation n'a pas encore été résolue¹⁴. L'effectivité du DIH réside donc dans la retranscription de ses règles en droit pénal national et international. Les limites liées à l'application des différents droits nationaux est évidente au regard des divergences fondamentales des systèmes juridiques et politiques. Des progrès importants ont par ailleurs été faits ces quinze dernières années afin de mettre en œuvre des mécanismes internationaux pour la reconnaissance et la mise en œuvre de la responsabilité pénale individuelle. Des tribunaux ad hoc ont été constitués, et la création de la Cour Pénale Internationale est une évolution importante. Toutefois la question de l'effectivité et des moyens de coercitions de la justice pénale internationale est, on le sait, une problématique non seulement juridique mais politique.

Mais si leur essence et leurs origines les séparent, la réalité des relations internationales a fait évoluer et converger ces deux pans du droit, ce que nous développerons infra sur le plan juridique. Et cette évolution paraît tout à fait logique si l'on considère que ces deux droits ont sans conteste un même objectif, une même préoccupation, celle d'assurer la protection de la personne humaine, dans sa dignité et son humanité même.

Ils sont l'émanation d'une même idéologie, d'une vision du monde que l'on pourrait nommer « humaniste ». Ils ont une même inspiration basée sur une certaine conception de l'homme, sur le postulat, chrétien, de l'égalité de tous les hommes dans une même dignité, et devant donc disposer des mêmes droits. Elle est incarnée par Henri Dunant, choqué par les souffrances observées sur le champ de bataille de Solferino¹⁵ et qui sera à l'origine de la création du DIH. Elle l'est également par René Cassin, « *fantassin des droits de l'homme* » qui lutta pour l'universalité de la DUDH et l'effectivité de la protection que doit offrir à chaque individu une vision humaniste de la condition humaine.

Il paraît évident que le DIDH est un droit de paix, comme le relevait René Cassin, lorsqu'il mentionnait qu' « *il n'y a pas de paix sans droits de l'homme et il n'y a pas de droits de l'homme sans paix* ». Toutefois, **le DIDH et le DIH sont imbriqués en raison de leur objectif commun**, qui ne cesse pas selon la situation de paix ou de crise. La notion de continuité nécessaire du respect des droits de l'homme en temps de conflit armé est ainsi la première à marquer ce chevauchement des deux droits, et à fonder leur possible complémentarité.

La complémentarité en termes de normes, que nous étudierons plus avant infra, est renforcée par une **possible complémentarité en termes d'effectivité**. Le DIDH, en faisant de l'individu un sujet de droit, lui reconnaît un droit de recours, c'est-à-dire la possibilité de déposer des plaintes à titre individuel. Comme développé supra, le DIDH et surtout le DEDH offrent un accès à des instances judiciaires, et c'est bien l'application de ces droits aux situations de conflits armés qui a pu mener à un examen détaillé d'affaires concernant le Kosovo, l'Irak ou l'Afghanistan. L'application des seules procédures dédiées au DIH n'auraient pas permis ce type d'examen par les tribunaux.

En offrant aux individus la possibilité de recours aux instances judiciaires, le DIDH et notamment le DEDH donnent une effectivité renouvelée aux règles de DIH. Ceci est d'autant

¹⁴ Un groupe de citoyens yougoslave l'a tenté en vain dans l'affaire Varvarin devant le Landgericht de Bonn. La cour a rejeté l'argumentation selon laquelle des individus pourraient faire une demande en dommages et intérêts contre un Etat, devant un tribunal national, pour cause de violation du DIH.

plus novateur, voire révolutionnaire, que, loin de la dissociation originelle des deux branches du droit étudiées, le DIDH semble aujourd'hui applicable à toutes les opérations militaires.

1.1.2. Le DIDH, un droit applicable à toutes les opérations militaires.

Le DIDH et le DEDH font partie du corpus juridique applicable à l'ensemble des opérations militaires, qu'il s'agisse des opérations sur le territoire national, mais également de opérations extérieures.

1.1.2.1. Sur le TN : une applicabilité par le juge national, sous le regard du juge européen .

Le DIDH est on l'a vu d'essence conventionnelle. L'applicabilité directe de la norme internationale est donc subordonnée tout d'abord à son **incorporation dans l'ordre juridique interne**. En France, l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 pose le principe de l'intégration directe en mentionnant « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celles de lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». En France, la primauté de la règle conventionnelle sur la loi, reconnue par la Cour de cassation¹⁶ et le Conseil d'Etat¹⁷ est acquise et ne fait plus débat, que la loi soit postérieure ou antérieure à l'application d'une convention. L'applicabilité de la norme conventionnelle est également subordonnée à l'existence d'un effet direct de cette norme, c'est à dire son « *aptitude (...) à conférer des droits directement aux individus et sans autre intervention textuelle* »¹⁸. Le juge national vérifie donc si la Convention a bien pour objet de conférer des droits sans intervention d'un acte complémentaire. En outre, la norme doit être suffisamment précise et pouvoir s'appliquer sans mesure complémentaire d'exécution. Ainsi, le conseil d'Etat a par exemple jugé que les dispositions du PIDESC ne pouvaient être directement invoquées par un requérant¹⁹.

En revanche, la jurisprudence française, judiciaire²⁰ et administrative²¹, a reconnu l'applicabilité directe de la CEDH dans toutes ses dispositions. A ce jour, seuls la CEDH et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)²² bénéficient d'une applicabilité directe en droit français.

Lorsque la convention est reconnue d'effet direct, **le juge national devient le juge de droit commun**, et peut être saisi par tout justiciable. La CEDH a notamment un champ d'action matériel tel qu'elle s'applique à toutes les branches du droit et est appliquée aussi bien par le juge judiciaire que par le juge administratif français. Le juge national devient le gardien des libertés individuelles reconnues par le droit européen, il interprète le droit interne à la lumière de la jurisprudence de la CEDH, et peut même compléter voire écarter la loi nationale²³ qui ne serait pas conforme avec les exigences de la Convention.

¹⁶ Cour de cassation, chambre mixte, 24 mai 1975, Société des Cafés Jacques Vabre.

¹⁷ Conseil d'Etat, 20 octobre 1989, Nicolo.

¹⁸ A. Rouyère, *Le juge administratif et les règles garantissant les libertés*, Jurisclasseur Libertés, fasc. 250, cité par Frédéric Sudre.

¹⁹ Conseil d'Etat, 5 mars 1999, Rouquette.

²⁰ Cour de cassation, crim., 3 juin 1975, Respino.

²¹ Cf. rapports de R Abraham et F.Sudre, in *Le juge administratif et la CEDH*, RUDH, 1991, p. 275 et 259.

²² Conseil d'Etat, 21 décembre 1990, Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres.

²³ Pour exemple : Cour de cassation, chambre criminelle, 4 septembre 2001, Amaury : en interdisant la publication, la diffusion et le commentaire, par quelque moyen que ce soit, de tout sondage d'opinion en relation avec l'une des consultations visées par l'article 1er de la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977, les articles 11 et 12 de cette loi et 90-1 du Code électoral instaurent une restriction à la liberté de recevoir et de communiquer des informations qui n'est pas nécessaire à la protection des intérêts légitimes énumérés par l'article 102 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Etant, dès lors,

Il convient de rappeler la **subsidiarité** de l'instrument conventionnel. En effet la CEDH confie aux autorités nationales et au premier chef au juge national la responsabilité de faire appliquer la Convention et reconnaît leur autonomie. Elle n'impose aucune uniformité absolue, les autorités nationales étant libres de choisir les modalités de mise en œuvre de leurs obligations, à condition de respecter les standards minimum de la Convention. Le contrôle de la CEDH ne porte que sur la compatibilité de ces mesures avec la Convention. Il y a donc une vraie marge d'appréciation, une véritable diversité possible dans l'application de la Convention. A titre d'exemple les nécessités de restriction de certaines libertés au nom de l'ordre public seront appréciées au regard de la situation particulière de l'Etat²⁴. La cour européenne reconnaît les « *facteurs historiques ou politiques propres à chaque Etat* » et la « *diversité dans l'espace et dans le temps* » des lois nationales. Toutefois elle va mettre en œuvre un contrôle de proportionnalité pour vérifier le bienfondé de cette marge d'appréciation, et sera particulièrement exigeante concernant l'application des droits dits intangibles, insusceptibles de dérogations. Parmi ces droits on trouve notamment le droit de ne pas être torturé ni de subir des traitements inhumains ou dégradants ou encore l'interdiction de l'esclavage et de la servitude, et le droit à la vie. Cette question du droit à la vie est particulièrement prégnante dans le cadre des opérations de police et opérations militaires, qui peuvent mener à des effets létaux.

La CESDH notamment est donc directement applicable dans l'ordre juridique français, et **les opérations militaires** qui pourraient être menées sur le territoire **ne font pas l'objet de dérogation particulière**. Le DIDH et la CESDH appliquent toutefois la théorie des circonstances exceptionnelles et permettent dans certaines circonstances à l'Etat de se libérer de ses obligations. La clause dérogatoire de l'article 15 de la CESDH est néanmoins soumise à des conditions strictes appréciées par la jurisprudence de la CEDH. Tout d'abord il doit exister un danger public menaçant la vie de la nation, « *une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'Etat* »²⁵. Ensuite, les mesures dérogatoires doivent avoir un lien direct avec le danger public et présenter un caractère de nécessité absolue et être strictement indispensables pour y faire face, laissant place à l'interprétation du juge européen (cf. infra point 2.2.1.2). Par ailleurs ces dérogations ne peuvent pas s'appliquer aux droits intangibles, dont le droit à la vie.

Les opérations militaires conduites sur le territoire national le sont donc sous les yeux du juge national, appliquant le droit européen, et sous le regard du juge européen, sans dérogation générale liée à la nature de ces opérations.

1.1.2.2. En OPEX : du chevauchement à la conciliation entre DIDH et DIH

Par principe, le DIDH est un droit de temps de paix alors que le DIH s'applique au temps de guerre. Pourtant **le chevauchement** entre droit du temps de paix et du temps de **guerre et la persistance des obligations de respect du DIDH en temps de conflit** est une problématique ancienne et récurrente. Dès 1958 l'assemblée générale des nations unies (AGNU) invoquait

incompatibles avec l'article 10 de la Convention précitée, ces articles ne sauraient servir de fondement à une condamnation pénale de ce chef.

²⁴ CEDH, 7 décembre 1976, Handyside c. Royaume-Uni.

²⁵ CEDH, arrêt Lawless contre République d'Irlande, 30 août 1957, à propos d'un internement administratif ordonné en vertu d'une loi sur les atteintes à la sûreté de l'Etat.

les droits de l'homme en lançant, après l'invasion de la Hongrie par l'armée soviétique, un appel aux autorités soviétiques et hongroises « *pour qu'elles (...) respectent (...) la jouissance par le peuple hongrois des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »²⁶. En 1967, après la Guerre des 6 jours, le conseil de sécurité déclare avec une clarté extrême que « *les droits de l'homme essentiels et inaliénables doivent être respectés même dans les vicissitudes de la guerre* »²⁷. Ce principe sera toujours réaffirmé et en 1970 l'AGNU déclare dans sa résolution sur les « *principes fondamentaux touchant la protection des populations civiles en période de conflit armé* » que « *les droits fondamentaux de l'homme, tels qu'ils sont acceptés en droit international et énoncés dans des instruments internationaux, demeurent pleinement applicables en cas de conflit armé* »²⁸. Même si le CICR a d'abord combattu cette position, il accepta ensuite que « *les droits de l'homme restent applicables en période de conflit armé d'une manière concurrente [au DIH]* ».

Ce chevauchement, cette concurrence, est encore confirmée par la présence dans des **traités** de DIDH, de clauses relatives à leur application en situation d'urgence incluant, de façon implicite ou explicite, les conflits armés. Quelques instruments récents incluent même des dispositions relevant des deux branches du droit, comme par exemple la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989 et son protocole de 2000 concernant l'implication des enfants dans les conflits armés.

La jurisprudence internationale, abondante, a également reconnu l'application du DIDH aux situations de conflit armé. Le Comité des droits de l'homme (CDE), le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, le comité des droits de l'enfant, la commission et la cour interaméricaines des droits de l'homme ainsi que la CEDH sont unanimes. La cour internationale de justice (CIJ) confirme cette analyse, depuis l'avis consultatif rendu en 1996 relatif à la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, confirmé en 2004²⁹ et 2005³⁰, en considérant que certains droits peuvent relever à la fois du DIDH et du DIH en tant que « *lex specialis* ».

Dans le cadre du DEDH, **l'évolution de la jurisprudence de la CEDH** aboutit, ici encore, à la position la plus achevée.

Dans un premier temps, la cour européenne a d'abord refusé de traiter de cette question, ne s'estimant pas légitime à apprécier le respect d'un droit ne faisant pas partie des obligations des Etats au sens de la Convention, et considérant ne pas avoir de compétence extraterritoriale³¹. A cette période, la cour a pourtant, en pratique, traité de la violation de droits fondamentaux lors de conflits armés en s'appuyant sur les règles de DIH, mais sans les mentionner ni qualifier les situations de conflits armés³². Cette « *stratégie d'esquive* »³³ est

²⁶ Résolution 1312 (XIII) de l'AGNU, 12 décembre 1958.

²⁷ Résolution 237 du Conseil de sécurité, préambule, alinéa 2.

²⁸ Résolution 2675 (XXV) de l'Assemblée générale.

²⁹ Avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé du 9 juillet 2004.

³⁰ CIJ, Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt du 19 décembre 2005.

³¹ Exemple de la décision d'irrecevabilité *Banković et autres c. Belgique et autres*, « *la Convention est un traité multilatéral opérant (...) dans un contexte essentiellement régional, et plus particulièrement dans l'espace juridique des Etats contractants (...). Elle n'a donc pas vocation à s'appliquer partout dans le monde, même à l'égard du comportement des Etats contractants* ».

³² La Cour a conclu à la violation de la CESDH dans 130 arrêts relatifs au conflit tchéco-slovaque, sans jamais qualifier la situation de conflit armé. Pourtant dans l'arrêt *Issaïeva contre Russie* par exemple, elle examine une éventuelle violation de la Convention en recourant, face à un bombardement ayant causé la mort de civils, à un test de proportionnalité, directement issu de l'obligation de discrimination en DIH.

pourtant devenue impossible à tenir et la cour a donc dû affronter la question de l'application du DIH et du DEDH aux conflits armés.

Face au développement des situations de conflits armés, à la demande des Etats de voir s'appliquer le DIH, mieux adapté aux problématiques du terrain, influencée par la jurisprudence internationale et ne pouvant continuer à laisser les Etats violer la Convention en dehors de leurs frontières, la CEDH a fait évoluer sa jurisprudence vers une **application de la CESDH aux situations de conflits armés**, même en dehors du territoire de l'Etat partie³⁴. Elle a accepté et précisé le principe selon lequel un Etat peut exercer sa juridiction sur n'importe quel territoire, partout dans le monde dès lors qu'il y exerce un « *contrôle effectif* »³⁵. Cette juridiction étatique peut ainsi naître du recours à la force par des agents de l'Etat opérant sur un territoire étranger, ou encore du « *contrôle effectif* » que cet Etat exerce sur une zone située en dehors de son territoire par suite d'une action militaire ou du fait que cet Etat, en vertu d'un consentement, invitation ou acquiescement du gouvernement local, assume l'ensemble des prérogatives de puissance publique. La cour a donc admis l'application extraterritoriale de la Convention, à l'exception des rares cas où l'opération militaire est menée sous l'entier contrôle de l'ONU³⁶. Elle a ensuite posé le principe de la persistance des obligations positives des Etats en cas de conflit armé, en considérant qu'au-delà des obligations de ne pas faire, pèsent sur eux des obligations d'action, notamment de prévention des violations et de punition de leurs auteurs (obligations d'enquêtes effectives).

Confrontée à la multiplication des affaires, la CEDH a finalement développé une jurisprudence de **conciliation du DIH et du DEDH**. Dans la lignée de la jurisprudence de la CIJ précitée, elle a d'abord affirmé le principe de conciliation des deux corpus juridiques³⁷, avant de poser, dans l'arrêt Hassan contre Royaume-Uni de 2014, que « *en cas de conflit armé international, les garanties énoncées dans la Convention continuent de s'appliquer, quoi qu'en étant interprétées à l'aune des règles du DIH* », à la condition que l'Etat défendeur le demande expressément.

Le DEDH, du fait de son application extraterritoriale, est donc applicable à toutes les opérations militaires extérieures françaises sur le territoire concerné, étant précisé que la CEDH interprètera, en cas de conflit armé, le DEDH à l'aune de la *lex specialis* qu'est le DIH.

1.2. Le DIDH et plus particulièrement le DEDH créent de nouvelles contraintes au cœur de l'action opérationnelle.

Qu'il s'agisse des opérations sur le TN ou en OPEX, le DIDH et le DEDH sont créateurs de nouvelles contraintes au cœur de l'action militaire.

³³ Expression de Madame Olivia Martelly lors du colloque de la direction des affaires juridiques du ministère de la défense (DAJ) « *Les relations entre le droit international humanitaire et le droit européen des droits de l'homme: quelles perspectives?* », 22 octobre 2014, direction juridique du ministère de la défense, Paris.

³⁴ CEDH, 26 juin 1992, Drozd et Janousek c. France.

³⁵ Voir notamment un arrêt très pédagogique, CEDH, grande chambre, 7 juillet 2011, Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni et les arrêts Al-Jedda c. Royaume-Uni du 7 juillet 2011, Hassan c. Royaume-Uni du 16 septembre 2014 et Jaloud c. Pays-Bas.

³⁶ CEDH, 29 mars 2010, Medvedev c. France et 7 juillet 2001 Al-Jedda c. Royaume-Uni et Al-Skeini c. Royaume-Uni.

³⁷ CEDH, grande chambre, 16 septembre 2009, arrêt Varnava et autres c. Turquie ; puis CEDH, 13 décembre 2011, Géorgie c. Russie.

1.2.1. En OPEX : un droit évolutif et contraignant dans son application.

En OPEX, le DIDH et plus particulièrement le DEDH retiennent des standards plus élevés que le DIH, et posent la question de leur application pratique dans le contexte des conflits armés.

1.2.1.1. Des standards plus contraignants difficiles à mettre en œuvre dans un contexte d'OPEX.

Comme développé supra, la CEDH reconnaît depuis 2008 qu'en cas de conflit armé il soit nécessaire d'interpréter les dispositions de la Convention à la lumière des principes du DIH. Toutefois le DIH ne recouvre pas l'ensemble du champ d'action du DEDH.

Ainsi, un certain nombre de droits reconnus par la CESDH sont indéniablement porteurs de nouvelles contraintes dans le cadre des opérations militaires.

- **Le droit à la vie des individus** (article 2³⁸) implique que chaque Etat partie doit s'abstenir de porter atteinte à la vie des personnes placées sous sa juridiction, et également qu'il doit protéger la vie des individus, y compris contre les agissements d'autres personnes placées sous sa juridiction. La primauté du DIH est reconnue par l'article 15 qui précise que ce droit à la vie ne protège pas les individus contre les « *actes licites de guerre* ». Toutefois l'obligation positive de protéger la vie des individus pourrait trouver à s'appliquer sur les théâtres d'opération. Cet article implique également l'obligation pour les Etats de mener une enquête indépendante et effective lorsqu'un individu placé sous leur juridiction vient à décéder de manière suspecte ou vient à disparaître³⁹. Cette obligation vaut également sur les théâtres d'opération, renforçant l'importance de la présence suffisante des prévôts.
- **Le droit à la liberté et à la sûreté** (article 5) implique de nombreuses garanties sur la détention avant jugement. Conçue pour le temps de paix, cette disposition n'envisage pas la détention d'individus pour des raisons de sécurité en période de conflit armé, situation pourtant prévue par le DIH. Dans l'arrêt Hassan c. Royaume-Uni précité, la Cour a considéré que les dispositions de la CESDH définissant les motifs de privation de liberté autorisés devaient s'accorder dans la mesure du possible avec les dispositions relatives à la capture de prisonniers de guerre et à la détention de civils représentant un risque pour la sécurité sur la base des troisièmes et quatrième Convention de Genève.
- **L'interdiction des traitements inhumains et dégradants et le principe de non refoulement** (article 3) fonde pour la cour la possibilité d'engager la

³⁸ « 1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi.

2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire :

a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ;

b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ;

c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection ».

³⁹ CEDH, grande chambre, 18 septembre 2009, arrêt Varnava et autres c. Turquie : violation continue de l'article 2 à raison de la non-réalisation par les autorités d'une enquête effective sur le sort des hommes disparus.

responsabilité de l'Etat partie s'il extradait ou expulsait une personne placée sous sa juridiction vers un Etat tiers à la Convention dans lequel il risquerait d'être soumis à la peine de mort⁴⁰. Puis la cour a étendu la portée de ce principe de non refoulement en l'appliquant à une expulsion vers un Etat partie à la CESDH mais n'offrant pas un niveau de protection suffisant contre les mauvais traitements⁴¹. Lors des opérations d'interception de migrants en mer, la cour demande aux Etats de ne pas refouler les personnes montées à bord de leurs navires vers des Etats dans lesquels ils risqueraient de subir des mauvais traitements, et exige que les Etats vérifient à cet égard leur situation individuelle⁴². Il doit être précisé que ce principe de non-refoulement bénéficie à toutes les personnes quels que puissent être leurs agissements⁴³, et que les risques liés aux actions de particuliers doivent également être pris en compte. Enfin la cour a également admis que l'article 6 de la Convention reconnaissant le droit à un procès équitable pouvait faire obstacle à l'expulsion d'une personne poursuivie dans son Etat d'origine, eu égard au risque réel que des preuves obtenues par la torture empêchent un procès équitable.

Ces droits créent des contraintes fortes, **particulièrement difficiles à mettre en œuvre dans le contexte des conflits armés**, non en raison d'une mauvaise volonté des Etats, mais de moyens insuffisants ou d'impossibilité ou de difficultés liées à la situation des Etats tiers.

A titre d'exemple la réalisation d'enquêtes systématiques en cas de disparition ou de décès ne semble pas toujours compatible avec le **manque de moyens** dédiés aux activités de police militaire, ou avec le niveau de **risque** réel pour la sécurité des personnels amenés à réaliser ces enquêtes dans un cadre de conflit armé.

En matière de rétention de personnes, le cas du Mali permet également d'illustrer la difficulté et parfois **l'impossibilité à appliquer les règles relatives à la détention**. En effet le problème de la rétention est apparu au début des opérations au Mali, dans une situation d'impossibilité de transférer les personnes retenues à l'autorité locale en l'absence d'appareil judiciaire. Cette impossibilité a pu conduire à devoir relâcher des individus dangereux à distance des zones de combats, faute de pouvoir les retenir au-delà d'une courte période. Cette situation paradoxale pour le respect des droits de l'homme a ensuite pu être réglée par un accord sous forme d'échange de lettres entre le gouvernement de la République française et le Gouvernement du Mali⁴⁴, faisant référence aux instruments idoines de DIH et DIDH et prévoyant un droit d'accès et de visite complet. Cet exemple illustre le caractère structurant du DEDH, mais également les contraintes qu'il fait peser sur l'action opérationnelle. Dans ce cas l'efficacité opérationnelle a pu être obérée temporairement par une incapacité matérielle à appliquer le DEDH, créant un risque juridique qui n'a pas été anticipé ni accepté dans un premier temps.

Ces contraintes paraissent d'autant plus fortes qu'elles sont parfois difficiles à appréhender, le DIDH apparaissant comme un droit évolutif et difficile à anticiper.

⁴⁰ CEDH, 7 juillet 1989, Soering c. Royaume Uni.

⁴¹ CEDH, 21 janvier 2011, MSS c. Belgique et Grèce.

⁴² En application de l'article 4 du Protocole additionnel n° 4 à la Convention. Sur l'interdiction des expulsions collectives, CEDH 23 février 2012, Hirsi Jamaa et al. C. Italie.

⁴³ CEDH, 15 novembre 1996, Vahhal c. Royaume-Uni.

⁴⁴ Accord sous forme d'échange de lettres déterminant le statut de la force « SERVAL » signées à Bamako le 7 mars 2013 et à Koulouba le 8 mars 2013, article 10 faisant référence au protocole additionnel aux Conventions de Genève et à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements inhumains, cruels ou dégradants du 10 décembre 1984.

1.2.1.2. Un droit évolutif et difficile à anticiper.

Il convient de noter en préambule que le DIH est également en constant développement et évolution, notamment sous l'égide du CICR qui multiplie les initiatives dans le sens d'une meilleure protection des droits de certaines catégories d'individus. À ce titre la 32^{ème} conférence internationale de la croix rouge et du croissant rouge, tenue du 8 au 10 décembre 2015 à Genève, vise dans l'une de ses résolutions à renforcer la protection accordée par le droit international humanitaire aux personnes détenues. Les travaux, menés par 150 pays, prévoient les conditions de détention et de rétention lors des conflits armés non internationaux et paraissent susceptibles de déboucher sur une norme conventionnelle ou d'être considérés comme une coutume internationale. Ils créent donc potentiellement de nouvelles contraintes pour les Etats, dans le cadre du *jus in bello* et non de la protection des droits de l'homme.

Mais la problématique centrale reste **l'évolution constante du contenu du DEDH, du fait de l'œuvre prétorienne de la CEDH**. La CEDH interprète la Convention afin de lui donner toute son utilité et, conformément aux termes du préambule de la Convention, se réfère à la « sauvegarde » mais également au « développement » des droits de l'homme. La jurisprudence de la Cour est donc légitimement dynamique et évolutive.

Toutefois, selon certains observateurs, la CEDH « *navigate à vue : elle forge sa jurisprudence au fil des contentieux et des affaires portées dans son prétoire* »⁴⁵, affectant la lisibilité et la prévisibilité de la règle et empêchant les autorités notamment militaires d'anticiper les certaines exigences conventionnelles.

En effet, les revirements de jurisprudence précédemment évoqués et l'évolution dans un temps parfois très court des exigences de la Cour créent une certaine instabilité, et par conséquent une possible incertitude. Ce « *brouillard du droit* » a été dénoncé par de nombreux analystes, notamment au Royaume Uni dans un rapport du think tank « Policy Exchange » intitulé « *Clearing the fog of law. Saving our armed forces from defeat by judicial diktat* »⁴⁶. Les auteurs y dénoncent une nouvelle forme d'« *impérialisme juridique* » et accusent la CEDH d'interpréter de façon expansionniste le DEDH et de créer une situation dangereuse et peu claire pour les forces armées intervenantes mais également pour les personnes protégées.

Il convient toutefois de noter qu'au-delà de l'évolution du contenu du droit, ces critiques sont surtout liées à une **évolution de son utilisation par les requérants**, qui semble dépendante de la nature des systèmes juridiques et des droits nationaux.

En effet le Royaume-Uni fait face à une explosion du nombre d'affaires relatives aux opérations extérieures portées devant ses tribunaux sur la base d'une violation de la CEDH. Ainsi au début de l'année 2014 et pour les seules affaires liées aux opérations irakiennes, 190 cas de poursuites contre le ministère de la défense étaient comptabilisés. A la fin de l'année 2015, elles étaient au nombre de 1230, sans compter les 1000 cas de recherche de responsabilité personnelle devant le juge judiciaire. Mais, selon le rapport du « Strategy and Security Institute » de l'Université d'Exeter⁴⁷ ces affaires sont en majorité portées par les membres des forces armées britanniques ou leurs ayant-droits, pour des motifs liés à la protection de leurs droits propres, comme par exemple des allégations de discrimination, la

⁴⁵ Nicolas Hervieux, lors du Colloque DAJ précité.

⁴⁶ EKINS Richard, MORGAN Jonathan, TUGENDHAT, « *Clearing the Fog of Law, Saving our armed forces from defeat by judicial diktat* », Policy Exchange, 2015.

⁴⁷ QUENIVET Noëlle, SARI Aurel, Workshop Report « *Human rights and military operations: confronting the challenges* », University of Exeter, Strategy and Security Institute, Juillet 2015.

remise en cause de l'organisation de la justice militaire ou encore la réalisation de tests scientifiques sur le personnel.

Par ailleurs, l'inquiétude majeure des observateurs britanniques concerne la recherche de responsabilité sur la base d'une négligence en cas d'atteinte au droit à la vie d'un membre des forces armées, dans la ligne de la jurisprudence *Smith v. Ministry of Defence* de 2013. La cour suprême considérait alors pour la première fois que les soldats blessés ou tués en opération ou leurs ayant-droits pouvaient poursuivre le gouvernement pour négligence sur la base du droit de la responsabilité, et de la violation du droit à la vie tel que protégé par l'article 2 de la CESDH. **Ce risque juridique est donc moins lié à l'évolution du contenu du DEDH par construction prétorienne de la CEDH qu'à l'application que le système juridique britannique permet de ces exigences.** La violation de l'article 2 de la CESDH paraît dans ces cas relativement accessoire, et la véritable problématique semble bien être l'examen par la Cour suprême de la responsabilité pour faute de l'Etat dans le cadre des opérations militaires extérieures.

Il n'est pas contestable que la protection des droits de l'homme soit un corpus juridique en mouvement, impliquant une adaptation constante des Etats et notamment des forces armées aux exigences conventionnelles et juridictionnelles. Cette affirmation n'est pas propre aux opérations extérieures et est également applicable à l'action de l'Etat sur son propre territoire, où la CEDH questionne le droit national.

1.2.2. Sur le TN : la CEDH examine le cadre juridique national au regard du droit à la vie .

Les développements supra relatifs à la dynamique jurisprudentielle de la CEDH sont également applicables sur le territoire national, et notamment en matière de recours à la force armée.

1.2.2.1. Droit européen et recours à la force létale : l'exemple de l'arrêt Guerdner.

La CEDH fait peser sur l'Etat l'obligation de protéger la vie de toute personne relevant de sa juridiction, et a développé une jurisprudence précisant le champ et la nature des obligations conventionnelles en découlant.

A ce titre, et bien qu'il ne s'agisse pas d'une opération militaire, **l'arrêt Guerdner⁴⁸ illustre** la façon dont le DEDH peut amener à **un examen des dispositions du droit national** en matière d'usage de la force.

Le 17 avril 2014, la CEDH a en effet condamné la France pour violation de l'article 2 de la Convention en raison de la mort d'une personne lors d'une garde à vue, Joseph Guerdner, tué par un gendarme lors de sa tentative d'évasion. Interpellé en mai 2008, il avait été placé en garde à vue dans les locaux de la gendarmerie de Brignoles à la suite d'une enquête pour des faits de vol à main armée en bande organisée avec enlèvement et séquestration. Au terme d'une audition, il réussissait à ouvrir une fenêtre pour sauter à l'extérieur du bâtiment où il était retenu. Un gendarme tira à plusieurs reprises dans sa direction et Joseph Guerdner décéda peu après des suites de ses blessures.

Le gendarme auteur des coups de feu était acquitté par un arrêt du 17 septembre 2010 de la Cour d'assise du Var, appliquant l'excuse pénale relative au commandement de la loi et de l'autorité légitime (article 122-4 du code pénal) selon laquelle l'accomplissement d'un acte

⁴⁸ CEDH, 17 avril 2014, Guerdner et autres C. France.

prescrit ou autorisé par les dispositions législatives ou réglementaires ne peut entraîner la mise en cause de la responsabilité pénale de l'auteur de l'acte⁴⁹.

Les requérants invoquent alors devant la CEDH l'article 2 de la Convention. Dans la lignée des arrêts Giuliani et Gaggio c. Italie⁵⁰ et Aydan c. Turquie⁵¹ la Cour de Strasbourg constate, à l'unanimité, qu'il y a bien eu violation de l'article 2 de la Convention dans son volet matériel à raison du recours à la force meurtrière par un militaire de la gendarmerie. Elle rejette cependant les allégations des requérants, membres de la famille du défunt, qui se plaignaient du défaut d'indépendance de l'enquête et de la partialité des autorités judiciaires.

Ainsi la CEDH conclut :

- que **le cadre juridique interne ne viole pas la Convention**. En effet si la Cour relève que certains ajustements nationaux pourraient améliorer la lisibilité des dispositions relatives à l'usage des armes à feu, elle considère que le cadre juridique français est suffisant pour offrir un niveau de protection du droit à la vie "par la loi". Elle conclut donc que la mort de Joseph Guerdner n'est pas imputable à une déficience du cadre juridique interne ;

- à la **violation de la Convention du fait du recours à la force**. Conformément à sa jurisprudence antérieure, la Cour rappelle le principe de **l'absolue nécessité** du recours à la force. Ce principe, mentionné dans l'article 2 lui-même, a été posé, dès l'arrêt Mc Cann et autres c. Royaume-Uni du 27 septembre 1995⁵² comme « *un critère de nécessité plus strict et impérieux que celui employé pour les articles 8 à 11 de la Convention* » et confirmé et précisé ensuite par une jurisprudence constante.⁵³ Au regard des faits d'espèce, elle remet en cause l'appréciation selon laquelle Joseph Guerdner représentait une menace réelle au moment des faits⁵⁴, et considère qu'il existait d'autres possibilités d'action que l'ouverture du feu. Elle conclut donc à la violation de l'article 2 « *en raison de la force manifestement excessive employée contre Joseph Guerdner* ».

La CEDH condamne donc la France et alloue, au titre du préjudice moral, 50 000 euros à la conjointe et aux trois enfants de Joseph Guerdner, 10 000 euros à sa mère, 5 000 euros à chacun de ses frères et sœurs et 2 500 euros à sa tante. En ajoutant les 15 000 euros pour frais et dépens, le coût pour les finances publiques françaises est donc de 82 500€.

⁴⁹ Le gendarme avait agi dans le cadre des dispositions de l'article 174 du décret du 20 mai 1903, ce qui constituait un fait justificatif prévu par l'article 122-4 du code pénal: « *N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires. N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal.* »

⁵⁰ CEDH, arrêt de Grande chambre du 24 mars 2011, Giuliani et Gaggio c. Italie.

⁵¹ CEDH, arrêt du 12 mars 2013, Aydan c. Turquie.

⁵² L'affaire concernait le décès de trois membres de l'IRA soupçonnés de porter sur eux un détonateur pour déclencher une bombe à distance. Ils furent abattus dans la rue par des militaires du Special Air Service (SAS) à Gibraltar. La cour a conclu à une violation de l'article 2 au motif que l'opération aurait pu être organisée et contrôlée de façon à ce qu'il ne soit pas nécessaire de tuer les suspects.

⁵³ « *Le but légitime d'effectuer une arrestation régulière ne peut justifier de mettre en danger des vies humaines qu'en cas de nécessité absolue. (...) En principe il ne peut y avoir pareille nécessité lorsque l'on sait que la personne qui doit être arrêtée ne représente aucune menace pour la vie ou l'intégrité physique de quiconque et n'est pas soupçonnée d'avoir commis une infraction à caractère violent, même s'il peut en résulter une impossibilité d'arrêter le fugitif* », cf. CEDH, arrêt de Grande chambre du 6 juillet 2005, Natchova et autres c. Bulgarie.

⁵⁴ « *La poursuite de la fuite, malgré sa chute, et après les trois premiers coups de feu, n'était pas, de l'avis de la Cour, suffisante pour considérer que Joseph Guerdner était dangereux pour autrui ou que sa non-arrestation aurait eu des conséquences néfastes irréversibles. (...) Dans ces conditions, la Cour n'est pas convaincue que le recours à la force contre l'intéressé procédait d'une conviction fondée sur des raisons légitimes de penser que Joseph Guerdner constituait une réelle menace au moment des faits, autorisant le recours à la force potentiellement meurtrière* ».

Cette jurisprudence, qui a pu être interprétée, à tort, comme une remise en cause du droit pénal français par le juge européen ne fait que confirmer le principe d'absolue nécessité posé par la jurisprudence de la Cour concernant le recours à la force létale. Il convient de noter que ce principe s'applique également au recours à la force létale qui serait employée par les militaires sur le territoire national.

Mais comme cela a été mentionné au point 1.2.1.1, le respect du droit à la vie emporte d'autres obligations pour l'Etat et notamment les autorités militaires amenées à réaliser des opérations sur le territoire national.

1.2.2.2. Les obligations découlant du droit à la vie s'appliquent pleinement aux opérations militaires réalisées sur le TN.

Suite aux attentats du 13 novembre 2015 la France a, sur la base de l'article 15 de la CEDH, notifié au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe les mesures prises au titre de l'état d'urgence et susceptibles d'impliquer une dérogation aux obligations résultant de la Convention. Toutefois, il est impossible de déroger à certains droits intangibles, dont le droit à la vie. Ainsi, la Cour a été amenée à préciser⁵⁵ que « *l'article 2 de la CEDH, qui garantit le droit à la vie et définit les circonstances dans lesquelles il peut être justifié d'infliger la mort, se place parmi les articles primordiaux de la Convention et ne souffre aucune dérogation (...). Avec l'article 3 [interdisant la torture et les peines et traitements inhumains ou dégradants], il consacre aussi l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le conseil de l'Europe* ».

Les **obligations découlant du droit à la vie doivent donc être appliquées** aux opérations militaires réalisées sur le territoire national, pleinement, sans le filtre même imparfait du DIH. Ce que la Cour nomme le « *recours à la force meurtrière par l'Etat* » est tout d'abord on l'a vu soumis au principe de nécessité. L'arrêt McCann mentionné supra permet même de parler **d'absolue nécessité**, dont le juge national et en dernier recours la CEDH devront vérifier l'existence, a posteriori.

Le principe de **proportionnalité** n'apparaît pas dans le libellé de l'article 2, mais il est clairement établi dans la jurisprudence de la Cour. L'arrêt Wasilewska et Kalucha c. Pologne du 23 février 2010 pose ainsi qu'un Etat doit être en mesure de justifier la proportionnalité de l'emploi de la force de la police lors d'une opération anti-terroriste. L'affaire concernait la mort d'un suspect au cours d'une opération de police anti-terroriste, et la Cour a conclu à la violation de l'article 2 dans la mesure où le gouvernement polonais n'avait présenté aucune observation concernant notamment la proportionnalité de la force utilisée par la police.

De ces principes « classiques » en matière de DIH, la nécessité et la proportionnalité, découlent des analyses très poussées des méthodes d'action et de fonctionnement des forces de police et forces militaires amenées à employer la force. Ainsi la Cour pose des **obligations particulières** :

- Une obligation de **précaution dans le maniement des armes à feu**. En effet le § 212 de l'arrêt Mc Cann précise que les tirs n'ont pas été réalisés « *avec toutes les précautions dans le maniement des armes à feu que l'on est en droit d'attendre de responsables de l'application des lois dans une société démocratique, même lorsqu'il s'agit de dangereux terroristes (...)* ».
- De cette obligation de précaution semble découler assez logiquement une obligation de **formation à l'usage des armes**, qui aurait pu permettre « *aux militaires de les inciter à rechercher si, dans les circonstances particulières où*

⁵⁵ CEDH, grande chambre, 20 décembre 2004, Makaratzis c. Grèce.

ils se trouvaient au moment de l'arrestation, ils n'auraient pas pu utiliser leurs armes pour blesser leurs cibles ». Ce principe de précaution rejoint partiellement le principe de proportionnalité, il s'agit de prendre toutes les précautions afin de s'assurer de la proportionnalité de l'emploi de la force, ici létale, au regard de la menace. Il doit être noté que la Cour va très loin dans l'analyse de l'espèce et des moyens qui auraient pu être mis en place pour éviter le décès des suspects.

- Outre le comportement individuel lié à la formation des personnels, la Cour pose également une obligation de précaution dans **l'organisation et le contrôle des opérations**. Ce principe, énoncé au § 212 de l'arrêt Mc Cann résulte d'une analyse poussée de la Cour qui prend en compte le « *dilemme* » des autorités, entre la protection de la vie de la population de Gibraltar et le recours minimum à la force meurtrière, mentionnant que les suspects avaient déjà été condamnés pour des attentats à la bombe et que les militaires pensaient de bonne fois devoir les tuer pour protéger les populations. Toutefois la Cour va considérer que les hypothèses formulées par les autorités militaires, et donc les informations fournies aux militaires, étaient imparfaites et avaient été transmises sans prudence à des militaires entraînés à tuer, en méconnaissance du droit à la vie.

Un autre exemple lié à une action antiterroriste illustre cette obligation. L'arrêt *Finogenov et autres c. Russie* du 20 décembre 2011 concerne le siège, en octobre 2012 du théâtre moscovite « Dubrovka » par des séparatistes tchétchènes et la décision de neutraliser les terroristes et de libérer les otages en diffusant un gaz. La Cour conclut à la non-violation de l'article 2 quant à la décision de résoudre la crise par le recours à la force et l'utilisation d'un gaz, mais à sa violation en raison de la mauvaise planification et mise en œuvre de l'opération de secours.

La cour précise également des **obligations positives et procédurales** applicables au cadre juridique national :

- l'obligation d'**enquête** sur les décès intervenus suite à l'usage des armes par les forces étatiques. Ce principe a déjà été présenté dans le cadre des opérations extérieures, en soulignant la difficulté à l'appliquer dans des situations de risques pour les personnels amenés à réaliser l'enquête, difficultés que la Cour prend en compte lors de son examen des circonstances de l'espèce. Sur le territoire national, les exigences du juge national et européen seraient bien évidemment toutes autres et ce principe doit donc être appliqué pleinement. Posé au § 161 de l'arrêt Mc Cann, il prévoit l'obligation pour l'Etat de mener une enquête sur les décès, afin d'assurer l'application effective des lois internes qui protègent le droit à la vie et, dans les affaires où des agents ou organes de l'Etat sont impliqués, de garantir que ceux-ci aient à rendre des comptes au sujet des décès survenus sous leur responsabilité. L'enquête doit répondre à des exigences strictes : indépendance, célérité et diligence, capacité à établir les faits pertinents, et accès du public et des proches.
- L'obligation d'établir un **cadre législatif et administratif** pour protéger les personnes contre l'arbitraire et le recours abusif à la force. Les Etats ont le devoir de disposer d'un cadre juridique et administratif définissant les conditions limitées dans lesquelles les responsables de l'application des lois peuvent recourir à la force et faire usage d'armes à feu compte tenu des normes

internationales élaborées en la matière. Le cadre juridique national fait donc l'objet d'un examen approfondi du juge européen.

L'application des obligations relatives au droit à la vie est donc pleine et entière pour les opérations militaires menées sur le territoire national, et crée des obligations pour l'Etat (cadre législatif adéquat, obligation d'enquête), mais également pour la structure de commandement (formation, organisation et contrôle), et les acteurs de terrain (nécessité, proportionnalité, précaution dans le maniement des armes à feu).

Le DIDH et son instrument le plus poussé, le DEDH, sont incontestablement à l'origine d'une évolution forte du cadre juridique applicable aux opérations militaires. En opérations extérieures, ces droits spécifiques complètent le DIH, et créent de nouvelles contraintes, parfois difficiles à mettre en œuvre. En évolution constante, ils exigent une réelle agilité des forces, afin d'adapter les méthodes et moyens des opérations à des exigences renouvelées. Sur le territoire national, l'impact du DEDH sur les opérations est réel et direct, et les obligations découlant du droit à la vie, applicables pleinement aux opérations militaires, s'imposent en pratique aux structures de commandement et aux acteurs militaires de terrain.

L'irruption du DIDH et du DEDH dans les opérations militaires est donc réellement porteur de nouvelles contraintes et d'une exigence d'adaptabilité. Mais les risques juridiques qu'ils présentent, doivent être évalués afin de déterminer les éventuelles conséquences sur l'action du décideur militaire.

2. Des risques juridiques limités, liés au DIDH

Les risques juridiques réellement induits par le DIDH et le DEDH sont minimes pour le décideur militaire, et ne paraissent pas de nature à justifier, une quelconque inhibition des chefs militaires.

2.1 Les risques juridiques induits par le DIDH sont très limités pour le décideur militaire, tant en OPEX que dans le cadre des opérations menées sur le TN.

Tant en OPEX que concernant les opérations militaires menées sur le TN, si les risques juridiques liés à l'application du DIDH et du DEDH existent, ils sont très limités pour le décideur militaire lui-même.

2.1.1. En OPEX, un environnement juridique robuste.

En OPEX, certes le DIDH et plus spécifiquement le DEDH induit de nouvelles contraintes, et exige une adaptation des moyens et méthodes de l'action militaire. Toutefois si des problématiques juridiques existent, notamment dans le cadre des CANI, elles ne font pas peser de risque réel sur le décideur militaire en tant que sujet de droit.

2.1.1.1. Un environnement juridique national robuste et l'application du DIH en tant que *lex specialis* limitent les effets du DIDH.

Le cadre juridique de l'action militaire en OPEX permet une réelle maîtrise des risques. Si la tendance est de rapprocher la justice militaire de la justice civile, comme le démontrent les

lois du 13 décembre 2011 et du 18 décembre 2013⁵⁶, il convient en effet de rappeler que les militaires bénéficient de **juridictions et de règles procédurales spécifiques, et d'une excuse pénale particulière aux opérations.**

Ainsi, les crimes et délits commis en temps de paix, par des militaires dans l'exercice de leurs fonctions sont du ressort de « juridictions de droit commun spécialisées en matière militaire » : la spécialisation concerne toutes les phases judiciaires: enquête, procédure et jugement.

Après la suppression du Tribunal aux armées de Paris en 2012, les infractions commises ou supposées commises à l'étranger hors temps de guerre (contraventions, délits ou crimes) sont traitées par la juridiction spécialisée du TGI de Paris. Cette particularité vise ainsi, selon les termes du ministère de la justice dans une circulaire spécifique, à « *prendre en compte les particularités – notamment les règles propres au droit international des conflits armés et le contexte international - de l'activité militaire en opérations extérieures* »⁵⁷. La justice française reconnaît donc la nécessité d'un statut particulier justifié par la « *singularité du métier du militaire qui tient à ce qu'il accepte consciemment de servir dans des conditions par définition dangereuses et exceptionnelles, en exposant sa vie si nécessaire, dans le cadre d'une chaîne de commandement très hiérarchisée* ».

Si la loi française s'applique à tout citoyen français même en dehors du territoire de la République (Article 113-6 du code pénal), des règles procédurales particulières sont applicables aux militaires. :

- Ainsi le procureur de paris a le monopole de l'action publique, comme l'indique l'article 698-1 du code de procédure pénale.
- Le procureur de la République doit solliciter l'avis du ministre de la défense ou de l'autorité habilitée par lui, préalablement à tout acte de poursuite (sauf cas de délit ou de crime flagrant). Cette procédure de consultation obligatoire, prévue par l'article 698-1 du code de procédure pénale, ne lie pas l'autorité judiciaire sur la suite à donner mais apporte un éclairage fort utile au dossier. Cette particularité procédurale concerne toutes les juridictions spécialisées mais « *présente évidemment un intérêt tout particulier lorsqu'il s'agit, par exemple, d'éclairer la justice sur les difficultés et aléas d'une action menée sur un théâtre d'opération extérieure* »⁵⁸. Il permet au ministère de la défense de donner les renseignements utiles à la compréhension du contexte, des circonstances de l'acte, de la personnalité de l'auteur présumé, et donc d'éclairer le dossier.
- Enfin, le code de la défense accorde au militaire une protection particulière dans certaines situations et sous certaines conditions. L'article L. 4123-12 dispose notamment que : "*n'est pas pénalement responsable le militaire qui, dans le respect des règles du droit international et dans le cadre d'une opération militaire se déroulant à l'extérieur du territoire français ou des eaux territoriales françaises, quelque soit son objet, sa durée ou son ampleur, y compris la libération d'otages, l'évacuation de ressortissants ou la police en haute-mer, exerce des mesures de coercition ou fait usage de la force armée ou*

⁵⁶ Lois n°2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et l'allègement de certaines procédures juridictionnelles et n°2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale.

⁵⁷ Circulaire du 15 avril 2014 présentant les dispositions des lois n°2011-1862 du 13 décembre 2011 et n°2013-1168 du 18 décembre 2013 relatives aux affaires militaires.

⁵⁸ Circulaire du 15 avril 2014 présentant les dispositions des lois n°2011-1862 du 13 décembre 2011 et n°2013-1168 du 18 décembre 2013 relatives aux affaires militaires.

en donne l'ordre, lorsque cela est nécessaire à l'accomplissement de sa mission".

Ces dispositions constituent un fait justificatif susceptible d'être appliqué aux militaires qui, envoyés en opérations extérieures, agiraient dans le respect de ces règles et des strictes limites de l'exécution de la mission qui leur a été assignée. Il s'agit d'une excuse pénale qui s'applique également pour des opérations militaires ponctuelles, et qui vise, selon les termes de la circulaire mentionnée supra à « *prendre en compte la spécificité irréductible de l'action de combat dans le cadre d'une opération extérieure* ».

La justice française reconnaît donc la spécificité de l'action de combat et plus largement de l'action militaire en opération extérieure, et considère même qu'elle « *doit conduire à définir une politique pénale qui la prenne pleinement en compte et envisage l'intervention de l'autorité judiciaire, dans certaines situations, avec prudence* ». Alors que la suppression du TAP avait fait craindre une plus grande sévérité du juge à l'égard des militaires, il convient en effet aujourd'hui de reconnaître une certaine bienveillance, voire clémence, du juge.

A ce titre, le verdict prononcé par la Cour d'assises de Paris le 7 décembre 2012 dans le cadre de l'affaire Mahé paraît particulièrement parlant. Prenant en compte le contexte de violences contre la population, la complexité de la situation, ainsi que les insuffisances du cadre juridique de l'action des soldats français dans cette opération, les jurés ont jugé avec une réelle bienveillance les 4 militaires impliqués dans le meurtre, le 13 mai 2005, d'un coupeur de route ivoirien recherché pour de nombreuses exactions, alors qu'ils participaient à l'opération Licorne, en Côte d'Ivoire. Le colonel accusé d'avoir donné l'ordre implicite de tuer Firmin Mahé, blessé après s'être enfui devant une patrouille française, a été condamné à une peine de 5 ans de prison avec sursis. L'adjudant-chef qui reconnut avoir étouffé Firmin Mahé dans le véhicule blindé devant l'emmener à l'hôpital de Man, s'est vu infliger une peine de 4 ans de prison avec sursis. Le brigadier-chef accusé de complicité pour avoir maintenu Firmin Mahé dans le blindé pendant qu'il était étouffé, a été condamné à une peine d'un an avec sursis. Le brigadier conduisant le blindé où Firmin Mahé a été tué a été acquitté. Les militaires en cause n'ont donc pas, pour reprendre a contrario l'expression de l'un des avocats été traités comme de la « *chair à canon juridique* ». Alors que le maximum encouru était de 30 ans de réclusion, il s'agit d'un verdict encore plus clément que le réquisitoire prononcé par l'avocat général, demandant des peines allant de 5 ans de prison ferme à 6 mois avec sursis. Si la Cour a considéré que l'acte des quatre militaires jugés avait « *porté atteinte aux valeurs de la République* », elle a estimé que la « *situation exceptionnelle* » du secteur dans lequel ils étaient engagés était « *de nature à atténuer leur responsabilité.* ».

En outre, les conséquences de l'irruption du DIDH et du DEDH dans le cadre juridique des opérations sont sensiblement limitées par **l'interprétation de ce droit à l'aune du DIH**. Si le DEDH notamment crée de nouvelles contraintes et demande l'adaptation de l'organisation et des moyens en opération, il convient de noter, comme un certain nombre d'auteurs, que, au-delà des considérants, les décisions juridictionnelles, c'est à dire les solutions pratiques des arrêts de la CEDH, ne semblent pas très différentes des solutions qu'auraient apporté le DIH. C'est plus ici l'effectivité du DEDH qui permet de faire appliquer une règle préexistante qu'un véritable risque nouveau.

Or les armées françaises démontrent une réelle volonté d'appliquer le DIH dans tous ses éléments et ont développé une organisation qui le permet. Ainsi le droit des conflits armés est intégré au parcours de formation du soldat, et est objet d'un véritable parcours de connaissance et de formation de spécialistes. Par ailleurs la présence de conseillers juridiques spécialisés (legal advisor, dits LEGAD) sur les théâtres d'opération permet au chef militaire

d'apprécier ses obligations. Enfin les règles d'engagement, instructions militaires visant à encadrer le recours à la force, intègrent parfaitement le DIH et sont au cœur de l'action opérationnelle, dès la phase de planification.

En conséquences, le risque juridique pour le décideur militaire lors des opérations extérieures est très limité. Les chiffres en provenance de la section C3 du tribunal de grande instance (TGI) de Paris prouvent la **faible occurrence statistique des poursuites** et des ouvertures d'informations judiciaires. En outre, la comparaison des chiffres sur les dernières années n'indique **aucune évolution vers une judiciarisation accrue**.

Ouvertures Informations judiciaires	
2012	5
2013	7
2014	12
2015	7

Poursuites devant le Tribunal correctionnel			
	HTR	STR	Total
2012	151	24	175
2013	73	38	111
2014	62	42	104
2015	45	47	92

Nature des affaires traitées en 2014				
Type d'infractions	HTR Nombre	Paris Nombre	Total	%
Atteintes aux biens (vol, destruction, détérioration, incendie ...)	500	31	531	46,50%
Atteintes aux personnes	103	33	136	11,91%
Infractions militaires (désertion, violation de consigne, détournement, outrage, insubordination, refus d'obéissance..)	58	42	100	8,76%
Escroquerie, faux et usage	54	10	64	5,60%
Homicide et blessures involontaires (accident de tir, de munitions, de véhicules militaires, du travail, crash aérien...)	49	3	52	4,55%
Infraction à la législation sur les stupéfiants	25	22	47	4,12%
Atteintes sexuelles (viol, agressions sexuelles, harcèlement sexuel ...)	14	5	19	1,66%
Recherche des causes de la mort	6	0	6	0,53%
Divers (délinquance routière, compromission, Intrusion installation militaire...)	150	24	174	15,24%
Blessés et morts au combat	13	0	13	1,14%
Total	972	170	1142	

Nature des affaires traitées en 2015

Type d'infractions	HTR	STR	Total	%
	Nombre	Nombre		
Atteintes aux biens (vol, destruction, détérioration, incendie)	242	40	282	32,19%
Infractions militaires (désertion, violation de consigne, détournement, outrage, insubordination, refus d'obéissance)	31	135	166	18,95%
Autres atteintes à la personne	131	34	165	18,84%
Divers (délinquance routière, compromission, Intrusion installation militaire)	99	55	154	17,58%
Infraction à la législation sur les stupéfiants	17	35	52	5,94%
Escroquerie, faux et usage	25	8	33	3,77%
Homicide et blessures involontaires (accident de tir, de munitions, de véhicules militaires, du travail, crash aérien)	12	7	19	2,17%
Recherche des causes de la mort	2	1	3	0,34%
Blessés et morts au combat	2	0	2	0,23%
TOTAL	561	315	876	—

Source des tableaux : statistiques TGI de Paris section C3.

Enfin, **l'affaire d'Uzbin** apparaît comme le seul arrêt matérialisant une recherche de responsabilité suite à un mort au combat. La constitution de partie civile, et l'ouverture d'une instruction par le juge d'instruction suite à l'arrêt de la Cour de cassation de mai 2012⁵⁹, avaient fait l'objet de discussions très vives avec le parquet du Tribunal aux armées de Paris, et suscité beaucoup d'inquiétude, conduisant aux dispositions législatives susmentionnées. Pourtant, l'instruction n'avait abouti à **aucune mise en examen**, le parquet et le juge d'instruction considérant que les réponses apportées par le ministère de la défense étaient suffisantes à démontrer l'absence de responsabilité pénale. Les parties civiles ont fait appel de ce jugement, mais la **cour d'appel de Paris a rejeté cet appel le 12 avril 2016**. Examinant l'affaire malgré **l'ignorance des motifs** due à l'absence totale d'observation écrite et à la non présentation des conseils à l'audience, elle **rejette l'existence d'une faute caractérisée** nécessaire à la qualification d'homicide involontaire, et relève que le risque de mort ou de blessure grave est inhérent à la condition de militaire. Il doit en outre être noté, dans le cadre de notre problématique, **qu'à aucun moment le DIDH ou le DEDH n'a été évoqué dans cette affaire**.

2.1.1.2. Si des problématiques juridiques liées au DIDH existent notamment dans le cadre des CANI, elles n'emportent pas de risque juridique particulier pour le décideur militaire lui-même.

L'application du DIDH et surtout du DEDH à l'aune du DIH reste toutefois fragile.

⁵⁹ Le juge d'instruction a rendu, en mars 2011, une ordonnance motivée disant y avoir lieu à informer du chef d'homicides involontaires (article 121-3 alinéa 3 et 4, 221-6, 221-8, 221-10, 131-35 du code pénal). Le procureur aux armées de Paris a interjeté appel de l'ordonnance du juge. Celle-ci a été confirmée par arrêt de la Chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris du 30 janvier 2012. Le procureur général a formé un pourvoi en cassation. Par arrêt du 10 mai 2012, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi.

A titre d'exemple, la question des **bases légales de la détention administrative en période de CANI pose une réelle problématique juridique**. La CEDH jugeait jusqu'il y a peu que le recours par un Etat à la détention administrative en période de conflit armé était contraire aux dispositions de la CESDH (article 5) sauf si un mandat explicite et contraignant du Conseil de Sécurité des Nations Unies lui confiait cette tâche⁶⁰ ou si cet Etat avait demandé à déroger aux dispositions afférentes de la Convention en invoquant son article 15⁶¹. Pourtant la Cour a jugé en 2014 dans l'arrêt Hassan précité qu'il était possible, sous certaines conditions, qu'un Etat partie à la CESDH détienne des individus pour des raisons de sécurité en période de conflit armé international, en vertu du DIH.

Cette jurisprudence paraît toutefois fragile. Tout d'abord, cet arrêt fondateur de cette approche « symbiotique » du DEDH et du DIH est récent, et très novateur. L'adoption de la conclusion de non-violation de la Convention par 13 voix contre 4, pose ensuite la question de l'existence d'une opposition, certes minoritaire mais existante, à l'interprétation que la Cour a faite de la Convention, notamment en écartant les dispositions de l'article 5 de la Convention pour laisser s'appliquer les dispositions du DIH. Il ne paraît donc **pas impossible que cette jurisprudence puisse ne pas être confirmée à l'avenir**, sur des cas d'espèces différents.

Par ailleurs cette jurisprudence est applicable aux conflits armés. Or les forces armées françaises sont aujourd'hui engagées dans des conflits majoritairement qualifiables de CANI, auxquels s'appliquent des dispositions de DIH bien moins nombreuses et détaillées que pour les CAI⁶².

La question est donc de **savoir si la CEDH adopterait la même solution en cas de CANI, alors que les dispositions du DIH applicables sont bien moins précises qu'en DIH**.

Il existe donc bien une incertitude, un risque juridique, une problématique sur laquelle travaille le ministère de la défense. Le **risque est celui d'une condamnation de la France devant la CEDH**, et ce risque présente une certaine gravité. En effet, les arrêts de la Cour sont revêtus de l'autorité de la chose jugée, ils sont définitifs et obligatoires. Si l'article 46 §1 de la Convention prévoit que les parties contractantes « *s'engagent à se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties* », cette relativité de l'autorité de la chose jugée⁶³ est largement dépassée par la jurisprudence et par la procédure de l'« arrêt pilote » codifié par le nouvel article 61 du règlement de la Cour⁶⁴. Dans ce cadre, la Cour se reconnaît le pouvoir d'adresser des injonctions à l'Etat et de contrôler l'exécution de ses propres arrêts et prescrit des mesures de portée générale à l'Etat partie. Outre ces effets juridiques, l'autorité des arrêts de la Cour présente, en pratique, un poids réel. Le droit de recours individuel et l'importance de l'opinion publique conduisent les Etats à redouter la multiplication de requêtes similaires en cas de condamnation et donc à respecter la jurisprudence. Ainsi, La France a été conduite à diverses modifications législatives suite à des condamnations, et le « *dialogue des juges* » conduit le juge français à se référer de plus en plus fréquemment à la jurisprudence européenne.

⁶¹ CEDH, grande chambre, Al Jedda c. Royaume Uni, 7 juillet 2011.

⁶² Article 3 commun aux Conventions de Genève et Protocole additionnel II, plus particulièrement l'article 5.

⁶³ la Cour statue *in concreto*, sur un cas concret d'application de la norme interne à un requérant, et *pas in abstracto* sur la compatibilité de la norme interne avec la Convention, L'Etat défendeur a donc une simple obligation de résultat en ce qu'il doit prendre les mesures pour mettre fin à la violation constatée dans le cadre du litige et en effacer les conséquences, mais il a le libre choix des moyens pour y parvenir .

⁶⁴ « *La Cour peut décider d'appliquer la procédure de l'arrêt pilote et adopter un arrêt pilote lorsque les faits à l'origine d'une requête introduite devant elle révèlent l'existence, dans la Partie contractante, d'un problème structurel ou systémique ou d'un autre dysfonctionnement similaire qui a donné lieu ou qui est susceptible de donner lieu à l'introduction d'autres requêtes analogues* ».

Toutefois, il faut préciser et rappeler que **ce risque juridique réel concerne l'Etat français, et pas des individus, a fortiori le décideur militaire**. En effet la CEDH ne condamne pas les individus mais uniquement les Etats. A titre d'illustration, le gendarme Guerdner n'a pas vu sa responsabilité engagée malgré l'arrêt de la CEDH susmentionné. La condamnation de la France n'a donc eu aucune conséquence judiciaire pour lui.

En opération extérieure, le **risque juridique** lié à l'application du DEDH doit être considéré comme **minime** pour le décideur militaire. Il semble néanmoins utilisé, comme un **paravent**, un argument opposé à une certaine autonomie des décideurs au niveau tactique, afin de conserver certaines décisions opérationnelles aux niveaux opératif, stratégique voire politique. La problématique est complexe, souvent liée aux personnalités propres des acteurs, et relève à la fois de l'importance des aspects politiques et de communication dans un environnement géopolitique et opérationnel surmédiatisé et d'une certaine volonté de contrôle et de maîtrise des subordonnés, alors que la technique permet l'immédiateté du partage d'information et tend donc à permettre une **confusion des différents niveaux décisionnels**. Le fait que le niveau stratégique, voire politique prenne une décision de tir au regard d'une vidéo full motion en provenance d'un avion de chasse ou d'un drone ne se justifie juridiquement que dans des cas extrêmement rares. Les motivations et justifications de ce type de pratiques ne doivent pas être recherchées dans le risque lié à l'application du droit, et les problématiques qu'elles posent ne doivent pas être imputées au risque juridique.

Le risque juridique réel reste également **minime** dans le cadre des opérations menées sur le TN.

2.1.2. Sur le TN, si des risques juridiques existent notamment pour les opérations en milieu terrestre, ils ne sont pas imputables au seul DIDH et restent minimes pour le décideur militaire.

L'analyse du cadre juridique des opérations menées sur le TN laisse apparaître des points de faiblesse et donc des risques juridiques, mais qui ne paraissent pas imputables au DIDH et doivent être évalués comme minimes pour le décideur militaire.

2.1.2.1. Le cadre juridique national semble peu robuste et étroit concernant l'utilisation de la force, notamment pour le milieu terrestre

Hors état de guerre⁶⁵, défense opérationnelle du territoire (DOT)⁶⁶ et état de siège⁶⁷, et à l'exception de cadres juridiques spécifiques que sont les zones de défense hautement sensibles (ZDHS)⁶⁸ et la réquisition des forces armées pour assurer le maintien de l'ordre⁶⁹, le cadre

⁶⁵ La déclaration de guerre est prévue à l'article 35 de la Constitution, qui dispose « *La déclaration de guerre est autorisée par le Parlement* ».

⁶⁶ Article L.1321-2 du code de la défense : « *dans les zones où se déroulent des opérations militaires et sur décision du gouvernement, le commandement militaire désigné à cet effet devient responsable de l'ordre public et exerce la coordination des mesures de défense civile avec les opérations militaires* ».

⁶⁷ Article L.2121-1 du code de la défense : « *l'état de siège ne peut être déclaré, par décret en conseil des ministres, qu'en cas de péril imminent, résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée. Le décret désigne le territoire auquel il s'applique et détermine sa durée d'application* ». L'état de siège autorise le transfert des pouvoirs de maintien de l'ordre et de police des autorités civiles aux autorités militaires (articles L.2121-2 et L.2121-7).

⁶⁸ Article L4123-12 du code de la défense : « I. - Outre les cas de légitime défense, n'est pas pénalement responsable le militaire qui déploie, après sommations, la force armée absolument nécessaire pour empêcher ou interrompre toute intrusion dans une zone de défense hautement sensible et procéder à l'arrestation de l'auteur de cette intrusion.

juridique d'emploi de la force est commun à toutes les opérations et actions militaires menées sur le territoire.

Il est le même que celui qui s'applique à tout citoyen. En effet, le militaire chargé de protéger le territoire français et la population doit employer la force en application des mêmes **règles de droit pénal que celles applicables à tout citoyen « ordinaire »**.

Les règles d'engagement de la force (REF), qui définissent les conditions dans lesquelles les militaires sont autorisés à utiliser la force dans le cadre de l'exécution des opérations militaires en milieu terrestre sont donc basées sur les dispositions suivantes du droit pénal :

- **Les 3 causes d'irresponsabilité pénale** qu'il contient :
 - l'autorisation de la loi⁷⁰ et le commandement de l'autorité légitime⁷¹, visés à l'article 122-4 du code pénal ;
 - la légitime défense de soi-même et d'autrui visée à l'article 122-5 du code pénal⁷², qui implique :
 - une attaque injuste, actuelle et réelle contre soi-même, une autre personne ou un bien ;
 - que l'acte de défense soit :
 - absolument nécessaire, la seule défense possible contre l'atteinte doit être l'usage de la force,
 - simultané, il doit se dérouler de façon concomitante à l'atteinte et ne pas se poursuivre après sa cessation,
 - proportionné, la force utilisée doit être proportionnée au degré, à l'intensité et à la durée nécessaire et suffisante pour arrêter l'atteinte. L'utilisation graduée des moyens mis à la disposition du militaire doit permettre de satisfaire cette condition.

L'état de légitime défense exonère l'auteur de l'acte de sa responsabilité pénale, il est protégé de toute déclaration de culpabilité et donc de condamnation. L'appréciation de la légitimité de la défense appartient le cas échéant au juge pénal.

- L'état de nécessité est visé à l'article 122-7 du code pénal, il prévoit que *« n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a*

Constitue une zone de défense hautement sensible la zone définie par voie réglementaire à l'intérieur de laquelle sont implantés ou stationnés des biens militaires dont la perte ou la destruction serait susceptible de causer de très graves dommages à la population, ou mettrait en cause les intérêts vitaux de la défense nationale.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application des alinéas précédents. Il détermine les conditions dans lesquelles sont définies les zones de défense hautement sensibles, les conditions de délivrance des autorisations d'y pénétrer et les modalités de leur protection. Il précise les modalités des sommations auxquelles procède le militaire.

⁶⁹ Article L.2338-3 du code de la défense.

⁷⁰ « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires ». Ainsi l'article 73 du code de procédure pénale autorise l'usage de la force nécessaire et proportionné dans le cadre de l'arrestation citoyenne

⁷¹ « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal »

⁷² « N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a une disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte.

N'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction ».

disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ». Dans cette situation, la personne qui doit sauvegarder un « *intérêt supérieur* » n'a d'autre ressource que d'accomplir un acte défendu par la loi pénale mais rendu absolument nécessaire. La jurisprudence, notamment de la CEDH, a en effet posé une exigence supplémentaire d'absolue nécessité, contribuant à aligner cette cause d'irresponsabilité pénale sur le régime de la légitime défense.

- Le recours à la force dans **le cadre de l'arrestation citoyenne** : selon l'article 73 du code de procédure pénale « *dans les cas de crime flagrant ou de délit flagrant, toute personne a qualité pour en appréhender l'auteur et le conduire devant l'officier de police judiciaire le plus proche* ». Elle s'applique aux crimes ou délits en train de se commettre ou dans un temps très proche de l'action lorsque l'auteur soupçonné est poursuivi par la clameur publique ou est trouvé en possession d'objet ou présente des traces ou indices laissant penser qu'il a participé au crime ou délit. Le militaire, comme tout citoyen, est alors autorisé à faire cesser le délit ou le crime, à en appréhender les auteurs, à procéder dans certaines conditions à des palpations de sécurité, à retenir l'individu ou le conduire devant un OPJ. Toutefois, l'usage de la force doit toujours être strictement nécessaire et proportionné.

Par ailleurs, **le cadre juridique des opérations paraît inégalement robuste selon les milieux, au détriment du milieu terrestre.**

Les armées sont engagées sur le territoire national en application du contrat opérationnel de protection, défini par le Livre Blanc sur la défense et la sécurité nationale et encadré par l'instruction interministérielle 10100 du 3 mai 2000 relative à l'engagement des armées sur le TN en cas de crise majeure. L'opération Sentinelle est menée au titre du plan gouvernemental de vigilance, de prévention et de protection face aux menaces d'actions terroristes, plan Vigipirate, et présente un cadre juridique moins robuste que pour les autres milieux.

En effet, l'action de l'Etat en mer est encadrée par le livre V du code de la défense et la défense maritime et la défense aérienne du territoire sont encadrées par le livre IV du même code. Des dispositions réglementaires et infra-réglementaires définissent dans ce cadre des missions propres, des pouvoirs de police, des mesures de sûreté définies graduellement (contraintes d'itinéraire, arraisonnement, reprise de vive force à la mer...).

De leur côté, les forces terrestres interviennent hors cadre de la défense opérationnelle du territoire (DOT), dans le cadre de la participation à la défense et à la sécurité civile, en complément des forces de sécurité intérieure. Elles ont un rôle de contributeur, de renforcement des forces de police et de gendarmerie et agissent uniquement, hors état de siège, **sous réquisition** de l'autorité civile⁷³. Or les réquisitions, généralement préfectorales, ne font pas l'objet d'une description précise des missions résultant d'un processus de planification concerté. Elles sont parfois peu explicites sur les buts de la mission et se concentrent souvent uniquement sur les moyens demandés à l'autorité militaire.

Il n'existe donc **pas, pour les opérations du milieu terrestre, de cadre juridique réglementaire précis, ni de description de mesures de sûreté applicables qui puissent optimiser le droit pénal applicable**, pas de mesure de classification des comportements des auteurs présumés d'actes infractionnels. Or les forces terrestres se trouvent confrontées à une **menace hybride, multiple, dans des situations diverses, nouvelles et complexes pour**

⁷³ Article 1321-1 du code de la défense « *aucune force armée ne peut agir sur le territoire de la République pour les besoins de la défense et de la sécurité sans une réquisition légale* ».

lesquelles le droit pénal français peine à permettre une réponse adaptée. Les situations liées à l'utilisation de véhicules bélier, les modes d'action de terroristes acceptant la mort pour faire le maximum de victimes (kamikazes), les situations de tuerie de masse comme les attentats de la rue de Charonne et du Bataclan le 13 novembre ne faisaient pas, en février 2016, l'objet de règles d'engagement de la force spécifiques. Ces nouveaux modes opératoires terroristes posent en effet des questions complexes de mise en œuvre de la légitime défense notamment. A titre d'exemple, le cas de terroristes en phase finale d'action, retranchés après avoir commis un crime et décidés à ne pas se rendre ne permet pas une action dans le cadre de la légitime défense. Les auteurs ne sont plus une menace immédiate pour les forces ou pour autrui, et ne peuvent donc être la cible de l'usage des armes. Afin de mettre fin à la situation, on demande donc en pratique aux forces de sécurité intérieure, et éventuellement aux forces militaires amenées à les compléter, de se mettre en danger pour pouvoir répliquer. Il s'agit d'un paradoxe qui pèse sur les forces de sécurité, en raison des nécessités médiatique, politique et opérationnelle d'intervenir, et de l'impossibilité juridique de le faire dans des conditions de sécurité optimales.

Le cadre juridique des opérations militaires sur le TN paraît donc étroit et peu robuste pour le milieu terrestre, et certains risques juridiques induits par le DIDH peuvent en résulter.

2.1.2.2. Les risques juridiques induits par le DIDH existent mais sont minimes pour le décideur militaire.

Au regard du droit pénal français, on ne peut que constater l'étroitesse du cadre juridique de l'emploi de la force, basé quasi exclusivement sur la légitime défense.

Le cadre juridique d'emploi de la force paraît donc étroit, en raison d'abord des caractéristiques du droit pénal français, mais aussi du DEDH

L'étude de l'arrêt Guerdner a illustré le questionnement du droit national par le DEDH. Au titre du droit à la vie notamment, la CEDH pose un regard particulièrement scrutateur sur le recours à la force, et cet examen est bien évidemment plus aisé sur le sol européen qu'en opérations extérieures. La jurisprudence européenne est donc susceptible de peser sur l'interprétation du droit pénal français dans un sens d'une plus grande rigueur

En cas de dommage causé aux personnes dans le cadre d'un recours à la force, l'ouverture d'une procédure pénale semble quasi inévitable. Dans un Etat de droit, et au regard des conditions limitées de recours à la force, il paraît justifié que le pouvoir judiciaire soit amené à analyser la responsabilité personnelle des détenteurs de la force publique.

S'il est compréhensible que cette possible mise en cause pénale inquiète les militaires, que la « judiciarisation » de leur action soit un risque à leurs yeux, et qu'ils ressentent une pression accrue lors des opérations sur le TN, notamment en raison de la prégnance du DEDH, il convient d'être objectif et, **au-delà du ressenti, de revenir à une évaluation concrète des risques.**

Tout d'abord les problématiques pénales de mise en cause de la responsabilité individuelle des militaires sont liées aux caractéristiques du droit pénal français, et du cadre réglementaire et infra réglementaire des opérations. Le **DEDH n'a qu'une influence limitée sur les risques juridiques** en découlant. Effectivement la condition de l'absolue nécessité semble représenter un risque supplémentaire, et la CEDH a condamné la France pour des faits que la justice

pénale française avait considérés comme autorisés par la loi. Mais d'une part cela n'a eu aucune conséquence sur la responsabilité pénale de l'intéressé. Il faut rappeler et répéter que la CEDH ne condamne pas les individus mais les Etats parties à la Convention, le militaire et a fortiori le chef militaire ne peuvent pas voir engager leur responsabilité personnelle devant la Cour européenne. D'autre part la Cour ne remet pas en cause le système juridique ou la loi française dans son arrêt. Enfin, les circonstances de l'espèce, sur lesquelles est basée la violation du droit à la vie, semblent de nature à éclairer cette décision. Ainsi, le gendarme mis en cause avait tiré plusieurs fois dans le dos d'un individu entravé, fuyant, seul et sans arme, au sein d'une caserne de gendarmerie, et venant de subir une chute importante...

En outre, et de façon générale, que le DEDH intervienne dans l'interprétation du droit national ou pas, il convient de bien **dissocier l'ouverture d'une procédure pénale, la mise en cause, la mise en examen, la reconnaissance de la culpabilité et la condamnation**. En effet, il est possible voire même souhaitable qu'une enquête pénale soit ouverte si un militaire chargé de protéger la population civile recourt à la force, notamment armée, sur un auteur présumé ou des personnes civiles. Cela ne signifie pas qu'un juge d'instruction le mettra en examen. Celui-ci est en effet tenu d'instruire *in concreto*, en prenant en compte les difficultés, les circonstances, les moyens mis à disposition de l'auteur. Si le droit français n'a pas été respecté, si les conditions de la légitime défense, par exemple, n'ont pas été remplies, le juge devra juger le militaire coupable. Mais cela ne signifie pas qu'il condamnera le coupable à une peine. En effet le juge applique le principe de l'individualisation de la peine et prend en compte la personnalité de l'auteur. Après plusieurs rencontres avec divers magistrats, **il paraît extrêmement improbable qu'un juge français prononce une condamnation réelle contre un militaire qui aurait commis une faute dans l'appréciation d'une situation de légitime défense. La mise en cause de la hiérarchie, du chef militaire, est encore plus improbable.**

A titre d'exemple, **l'affaire Bisnoit** est, sauf erreur, la dernière jurisprudence relative au recours à la force dans le cadre d'une opération militaire sur le TN. En 2004 un militaire en patrouille Vigipirate ouvre le feu et blesse très grièvement, après sommation, un SDF, alcoolisé et sans arme qui avait essayé de se saisir de son FAMAS. Si lors de la première instance, le 30 octobre 2007, la légitime défense n'avait pas été reconnue malgré un réquisitoire de non lieu, l'arrêt du TGI de Paris du 30 octobre 2008 infirma l'ordonnance de renvoi devant le Tribunal du juge d'instruction, reconnaissant l'état de folie de la victime et l'état de légitime défense du militaire. Le pourvoi de cet arrêt a ensuite été déclaré irrecevable le 9 février 2010, mettant fin à l'affaire.

Par ailleurs, à ce jour **aucune mise en cause de militaire et a fortiori de décideur militaire n'a été formée sur la base du DEDH ou ne l'a évoqué**. La situation du Royaume-Uni telle que décrite supra est aujourd'hui très loin de ce que permet le droit français et suscite même l'étonnement et l'incompréhension de la part du vice-procureur au TGI de Paris chargé des affaires militaires en ce qu'elle semble nier la prise de risque inhérente au statut de militaire et la réalité des opérations.

Il convient de déduire que, juridiquement parlant, **le risque de voir engager la responsabilité d'un chef militaire dans le cadre des opérations militaires menées sur le TN est minime**. Toutefois, hors du domaine juridique, des risques peuvent exister sur le plan de la **gestion de carrière** notamment. Le fait qu'un militaire soit concerné par une enquête pénale peut être considéré par la hiérarchie militaire comme une tache, voire une faute dans la carrière. En

outre, la médiatisation des procédures pénales ajoute à l'opprobre qui accompagne une mise en cause, qui peut être traumatisante pour le militaire. Cette constatation est renforcée par le système de valeur des militaires, centré sur l'honneur, la fierté de servir son pays. Le fait d'avoir affaire à la justice, de devoir répondre de ses actes, d'être accusé par le juge est souvent considéré, par anticipation et à tort, comme un manque de confiance, un rejet de la société civile que le militaire protège. Un sentiment d' « injustice » est souvent ressenti par les militaires lorsqu'il est question de la mise en cause de leurs pairs.

Ce constat doit amener l'institution militaire à évoluer, et à considérer que le contexte juridique et politico-médiatique des opérations sur le TN implique un risque accru de mise en cause pénale, ce qui ne signifie pas une culpabilité ou une faute du militaire concerné. Ce risque doit être dédramatisé et expliqué aux différents acteurs de terrain et aux décideurs, afin d'être pris en compte et intégré comme une **étape nécessaire au fonctionnement normal d'une démocratie en cas de recours à la force sur le TN, et non comme le stigmate d'une faute personnelle ou d'une défiance de la société française ou des juges.**

Si les risques juridiques réels liés à l'application du DIDH et du DEDH aux opérations militaires semblent minimes pour le décideur militaire, de réelles problématiques juridiques existent, et méritent d'être traitées afin de renforcer la sérénité de l'action militaire. Quelques pistes de réflexion sont ou pourraient être ouvertes en ce sens.

2.2. Pistes de réflexion pour un renforcement de la maîtrise des risques et une plus grande sérénité du décideur militaire.

Afin de maîtriser encore les risques juridiques existants, notamment en termes de condamnation de la France par la CEDH, et afin de sécuriser plus encore le cadre d'action militaire, 3 pistes de réflexions peuvent notamment être exposées.

2.2.1. Utilisation des procédures dérogatoires prévues par le DIDH en cas de circonstances particulières.

Tout d'abord, l'utilisation des procédures dérogatoires prévues par le DIDH en cas de circonstances particulières paraît pouvoir permettre de limiter le risque juridique pour l'Etat français.

2.2.1.1. Au regard du pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Par note du 23 novembre 2015⁷⁴, le ministère des affaires étrangères et du développement international a demandé que le Secrétaire général des Nations Unies soit informé de la mise en œuvre par la France de mesures susceptibles d'impliquer une dérogation aux obligations résultant du PIDCP, conformément à l'article 4 du Pacte.

Cette démarche, conforme aux dispositions conventionnelles, paraît de nature à limiter le risque d'une mise en cause de la France au regard de l'état d'urgence déclaré à la suite des attaques terroristes sur le territoire national. Il s'agit d'une mesure de maîtrise du risque qui pourrait être utilisée et développée dans le cadre notamment de la CESDH.

⁷⁴ ND-2015-1116041 du ministère des affaires étrangères et du développement national relative à l'état d'urgence-Notification au Secrétaire Général des Nations Unies.

2.2.1.2. Au regard de l'article 15 de la CESDH.

À l'instar d'autres instruments internationaux, la Convention européenne prévoit en son article 15 un **mécanisme de « dérogation en cas d'état d'urgence »**. Ainsi, « *en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation* », tout État partie est habilité à « *prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la (...) Convention* ». Ce mécanisme est néanmoins assorti de **diverses garanties**.

Procédurale d'abord dans la mesure où l'État doit reconnaître officiellement la situation de crise en informant, dans un délai « raisonnable », le secrétaire général du Conseil de l'Europe « *des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées* » et, à terme, de « *la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur* » (art. 15, § 3).

La Cour vérifie également qu'aucune dérogation ne soit apportée aux droits listés par l'article 15, § 2 (droit à la vie ; interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants ; interdiction de l'esclavage ; principe de légalité des peines), auxquels s'ajoutent l'interdiction de la peine de mort et le principe *non bis in idem*.

D'autre part, même pour les droits sujets à dérogations, l'article 15 ne tolère de dérogation que « *dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international* ».

La cour va donc vérifier l'existence matérielle des faits servant de fondement aux mesures dérogatoires, ainsi que la qualification juridique de ces faits. Si la Cour reconnaît une marge d'appréciation des États, « *mieux placés que le juge international pour se prononcer sur la présence de pareil danger comme sur la nature et l'étendue des dérogations nécessaires pour le conjurer* »⁷⁵, elle exerce un contrôle rigoureux. Ainsi, elle examine la nécessité et la proportionnalité des mesures effectivement mises en œuvre. Elle a notamment jugé qu'il ne suffisait pas à l'État d'invoquer les difficultés de la lutte contre le terrorisme en période de crise pour justifier de longues privations de libertés sans intervention judiciaire⁷⁶. De la même façon, tout en admettant que le Royaume-Uni puisse appliquer l'article 15, la Cour a condamné le dispositif de détention sans inculpation d'étrangers mis en place au lendemain du 11 septembre 2001⁷⁷.

Le mécanisme dérogatoire de la CESDH s'analyse donc comme un **dispositif transparent, continuellement placé sous le contrôle rigoureux du juge européen, et permettant de limiter le risque** de condamnation d'un État partie faisant face à une situation de crise.

Par note du 23 novembre 2015⁷⁸, les autorités françaises ont décidé de notifier au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, sur la base de l'article 15 de la CESDH, les mesures prises par la France au titre de l'état d'urgence et susceptibles d'impliquer une dérogation aux obligations résultant de la Convention. L'article 15 n'avait été invoqué par la France que deux fois depuis son adhésion à la CESDH, une fois officiellement lors des événements d'Houvéa et une fois mais uniquement par voie de presse et sans communication officielle au Conseil de l'Europe, lors des émeutes de 1995. **En 2015, l'article 15 a donc été invoqué dans le cadre de l'action opérationnelle « sentinelle » sur le TN.**

Il semble toutefois que l'article 15 pourrait également être invoqué en OPEX, notamment dans le cadre des CANI, lorsque les règles de DIH sont insuffisantes et que la

⁷⁵ CEDH, 18 janvier 1978, Irlande contre Royaume-Uni.

⁷⁶ CEDH, 23 septembre 1998, Demir et autres contre Turquie.

⁷⁷ CEDH, 19 février 2009, a. et autres contre Royaume-Uni.

⁷⁸ ND-2015-1116150 du ministère des affaires étrangères et du développement national relative à l'état d'urgence-notification au Secrétaire général du Conseil de l'Europe.

satisfaction du besoin opérationnel ne permet pas de mettre en place un cadre juridique sécurisé et clair.

Ce n'est pas la stratégie choisie par la France, certainement pour des raisons politiques d'abord, afin de ne pas altérer son image de patrie des droits de l'homme et de « championne » du droit humanitaire. Juridiquement, les directions des affaires juridiques intéressées semblent espérer une jurisprudence de type Hassan c. Royaume-Uni applicable aux CANI, c'est-à-dire que la Cour déclare que le DEDH serait, y compris en CANI, interprété à l'aune du DIH. Cet espoir paraît assez improbable dans la mesure où le DIH ne propose pas de règles suffisantes en nombre ou en intensité pour assurer le respect des droits. Une référence au droit coutumier pourrait être envisagée, mais une telle jurisprudence impliquerait pour la Cour de renoncer à appliquer la Convention aux situations de conflit d'intensité limitée, alors que leur nombre augmente et concerne ses Etats membres au cœur même de l'Europe.

Au contraire, la mise en œuvre de l'article 15 ne dessaisit pas la Cour puisqu'elle continue à contrôler la nécessité des mesures dérogatoires.

La dérogation à l'article 15 paraît une solution plus pragmatique et qui pourrait être mise en place à court terme, et être de nature à préciser et sécuriser l'action militaire, et également la rendre plus efficiente. Elle permettrait en effet de ne pas entrer dans une surinterprétation des dispositions de la Convention et de n'allouer aux obligations juridiques que les stricts moyens humains et matériels nécessaires.

2.2.2. Concernant l'application du DIDH en OPEX : développer le DIH et le droit national, et adapter l'action opérationnelle aux exigences réelles du droit.

La sécurisation des risques liés au DIDH et DEDH en OPEX semble passer également par le développement du DIH et du droit national, afin de disposer des règles nécessaires et d'éviter tout vide juridique que ne manquerait pas de combler la CEDH. Au-delà de la règle de droit, l'adaptation de l'action opérationnelle à la stricte nécessité juridique paraît également souhaitable.

2.2.2.1. Développer le DIH et le droit national afin de sécuriser l'application du DIDH.

Les problématiques juridiques liées aux situations de rétention et de détention lors des CANI ont été évoquées comme illustrant les conséquences de la jurisprudence de la CESDH et créant des contraintes parfois inapplicables en pratique. La CEDH comble ici un vide juridique de protection des droits de l'homme, face aux insuffisances du DIH en la matière, et alors qu'aucune disposition n'existe dans le droit national français. Il existe donc deux pistes de développement du droit.

Concernant le DIH d'abord, la France comme de nombreux Etats travaillent aux côtés du CICR pour le **développement constant du droit, et l'accent doit être mis sur l'adoption de mesures efficaces et réalistes, conformes aux exigences de la réalité des opérations militaires.** L'existence d'Etats faillis, non signataires des conventions internationales de protection des droits de l'homme, de systèmes judiciaires défaillants, l'absence de conventions interétatiques doivent être pris en compte comme des situations possibles dans le cadre desquelles ces règles de DIH devront pouvoir être appliquées.

Le droit national pourrait également être développé afin de donner un cadre à l'action militaire dans ces domaines où doivent être respectés les droits de l'homme. Ainsi, à titre d'exemple, la France pourrait adopter une loi nationale sur la détention administrative par les forces armées en temps de conflit. Cette loi pourrait affirmer un caractère extra-territorial et fournir une base légale en cas de mise en cause devant la CEDH. Si un tel instrument ne disposerait pas, bien sûr, d'une autorité suffisante pour assurer une sécurité juridique totale, il offrirait une preuve utile de la volonté de la France de protéger les droits de l'homme dans le cadre de son action militaire, et serait donc de nature à limiter le risque juridique.

2.2.2.2. Continuer à cadrer l'action opérationnelle au regard du DIDH, en l'adaptant aux exigences réelles du droit.

Le droit stricto sensu n'est pas la seule problématique à l'œuvre dans le ressenti de risque en matière d'action opérationnelle au regard du DEDH. Il convient ici encore de **donner une dimension objective à la réflexion, en mettant en lumière la part d'autres objectifs dans la perception du risque et la nécessité d'en revenir à la règle de droit.**

A titre d'exemple, en matière de **personnes transférées**, la France s'impose une visite mensuelle des individus détenus par les autorités locales, réalisée par les conseillers juridiques en opération en poste, accompagnés des gendarmes de la prévôté⁷⁹. Cette procédure découle d'une volonté française, qui va au-delà des recommandations du CICR, et paraît justifiée par une interprétation, semble-t-il extensive, du DIDH et plus particulièrement de la CESDH.

Le risque juridique paraît pourtant ici extrêmement limité, dans la mesure où la responsabilité éventuelle de l'Etat est évaluée par la CEDH au moment de la remise et non après. Ici la contrainte qui est forte, puisqu'au-delà de la visite et des comptes-rendus produits systématiquement, des plaintes ne manquent pas d'être réalisées induisent un travail administratif et juridique très important, n'est pas la conséquence de la règle de droit. Un autre objectif est certainement à l'œuvre. La France adopte une approche particulièrement prudente et vertueuse dans la conduite des opérations, et cette attitude est saluée par les différents acteurs du DIH et du DIDH sur la scène internationale. Mais cette attitude n'est pas une contrainte juridique. Elle s'inscrit sans doute dans le cadre d'une stratégie d'influence de la France sur la scène internationale, renforcée par son image de chantre du DIDH. Mais **l'existence d'objectifs de communication ou diplomatiques ne doit pas être masquée et créer de doute, de crainte d'un éventuel risque juridique dans l'esprit des décideurs militaires.**

Par ailleurs **l'application de la règle de droit doit rester tournée vers les objectifs majeurs que sont la réalisation de la mission et la sécurité des personnels.** A ce titre, le dialogue doit être constant entre les juristes et les opérationnels, afin de prendre en compte les conséquences éventuelles d'une contrainte posée, ainsi que le contexte des opérations. A titre d'exemple, issu d'entretiens mais non vérifié, il semble que des directives aient été données au Mali, dans les zones de combat, afin d'exempter totalement de contrôle aux check point les véhicules porteurs d'un croissant rouge. Ce au nom de l'application du droit. Au vu de l'augmentation importante du nombre de ces véhicules auparavant très rares, et des conséquences sécuritaires de cette procédure, il convient de s'interroger sur la nécessité d'une décision d'exemption totale de contrôle, alors que le droit international permet de vérifier qu'un véhicule est bien un véhicule sanitaire, à condition de ne pas entraver de façon significative l'évacuation en cours.

⁷⁹ Cf. intervention du commissaire en chef de deuxième classe Nathalie Durhin lors du colloque de la direction des affaires juridiques précité.

Le **dialogue nécessaire entre les opérationnels et les juristes** paraît fondamental, pour que le droit soit compris et que les chefs militaires puissent appréhender la règle de droit strictement nécessaire et prendre les décisions qui s'imposent pour son application ou sa non application, en faisant la **distinction entre le risque juridique, lié à l'application de cette exigence juridique, et d'autres exigences découlant d'objectifs politiques, diplomatiques ou autres** considérations extérieures. Ce dialogue est également nécessaire pour que le droit puisse être au service de l'opération, car le droit peut et doit être interprété par des spécialistes, et retranscrit aux chefs militaires dans le sens de l'intérêt opérationnel. Dans ce cadre les conseillers juridiques en opération ont une culture, un savoir et un savoir-faire qui doivent être mis en valeur et préservés.

2.2.3. Concernant l'application du DIDH sur le TN : sécuriser et développer le cadre juridique national.

Concernant l'application du DIDH sur le territoire national, les risques juridiques de condamnation de la France doivent être pris en compte et amener à une sécurisation et un développement du cadre juridique national.

2.2.3.1. A droit constant, poursuivre le travail de fond afin de satisfaire aux conditions posées par le DEDH

A droit constant, la sécurisation du cadre juridique implique de prendre en compte les exigences de la jurisprudence relative au respect du droit à la vie. Dans le cadre des opérations la jurisprudence implique concernant le recours à la force :

- un **but légitime**, ce qui ne pose pas question au vu de la menace terroriste existante et réelle ;
- les agents de l'Etat doivent penser de bonne foi qu'ils répondent à une **menace réelle**, sur ce point la qualité du personnel militaire et leur expérience des situations de crise semblent robustes ;
- **la préparation de l'opération doit permettre de poser les bases de l'absolue nécessité**, ainsi, le droit national doit offrir « *des recommandations et des critères clairs concernant le recours à la force en temps de paix* »⁸⁰. Cette exigence est importante, elle fonde l'importance d'avoir des règles d'emploi de la force (REF) claires et optimisées. A ce titre il est nécessaire de disposer d'une série de REF suffisamment précises et exhaustives afin de limiter les interprétations locales qui pourraient ne pas prendre correctement en compte les impératifs juridiques. Certains mémentos d'emploi de la force réalisés par des états-majors locaux peuvent en effet appeler à des précisions voire des recadrages concernant l'interprétation du droit pénal⁸¹.
- Les autorités doivent également « *évaluer avec la plus grande prudence les informations en leur possession avant de les transmettre à des militaires* » formés pour tuer (Mc Cann, § 211) et établir une **chaîne de commandement** claire auprès de laquelle les agents pourront prendre leurs

⁸⁰ CEDH, Gde Ch, *Makaratzis c. Grèce*, 20 décembre 2004.

⁸¹ Exemple du mémento de la ZDS Sud-est, notamment en raison de la différenciation de la réaction prescrite aux militaires face à une « bagarre » en fonction de l'âge, du sexe, ou encore de la constitution physique des opposants, et non du degré de dangerosité de la situation pour leur intégrité physique.

ordres (Giuliani et Gaggio, § 259, Maratzakis, § 68). Cette exigence entre en résonnance avec les retours d'expérience (Retex) réalisés par les militaires impliqués dans le déroulement des opérations de police lors des attentats de Paris de novembre 2015. Il est primordial, pour l'efficacité opérationnelle mais également dans un but de maîtrise du risque juridique, de préparer et planifier ce type d'opération et de mettre en place un véritable centre de commandement et de contrôle (au sens du C2 militaire). Seule la robustesse de la planification et du C2 peuvent en effet permettre une coordination des forces de sécurité en temps réel et d'assurer la précision et la pertinence des ordres donnés, donc de sécuriser l'action des militaires.

- Enfin, la jurisprudence européenne souligne l'importance de la **formation et de l'entraînement** des personnels appelés à avoir recours à la force. Le cadre juridique doit être connu et assimilé, les REF doivent être intégrées au plus tôt à la formation et l'entraînement des personnels, afin qu'ils distinguent bien entre les ROEs de théâtre et le droit pénal applicable sur le sol français. L'entraînement strictement militaire, et notamment au maniement des armes doit également être adapté à la mission sur le TN et à son cadre juridique. A titre d'exemple, la pratique systématique du tir en doublette ne satisfait pas aux exigences de la légitime défense.

Les missions réalisées sur le TN ne sont pas le miroir des missions militaires en OPEX, et **la grande adaptabilité du personnel militaire ne doit pas pallier un manque d'adaptation de la planification et de la préparation des missions, complexes, qu'il leur est demandé d'effectuer.**

2.2.4. Développer et renforcer le cadre juridique applicable

Moins pour répondre à un risque juridique que pour renforcer l'efficacité de l'action militaire et la sérénité des personnels dans l'action, il paraît nécessaire de faire évoluer le droit, en renforçant et développant le cadre juridique applicable. Les directions des affaires juridiques concernées y travaillent, mais le cadre interministériel de la problématique rend le processus complexe et lent. Les obstacles doivent être surmontés pour adapter le droit aux nouvelles missions militaires sur le TN.

2.2.4.1. Projet de loi étendant l'excuse pénale de l'état de nécessité, vers une « légitime attaque ».

Un projet de loi vise à **étendre l'excuse pénale de l'état de nécessité pour prendre en compte les nouveaux modes opératoires des terroristes**, et notamment les tueries de masse. Ainsi, l'article 19 de ce projet de loi⁸², modifié en lecture au Sénat mais à ce jour en navette parlementaire, permettrait à un militaire de bénéficier de cette excuse pénale en cas de

⁸² Version transmise sénat le 10/03/2016 :

« Article 19

I. - Le chapitre IV du titre III du livre IV du code de la sécurité intérieure est complété par un article L. 434-2 ainsi rédigé :
« Art. L. 434-2. - Constitue un acte nécessaire à la sauvegarde des personnes, au sens de l'article 122-7 du code pénal, lorsqu'un ou plusieurs meurtres ou tentatives de meurtre viennent d'être commis et qu'il existe des raisons réelles et objectives de craindre, au regard des circonstances de la première agression et des informations dont dispose l'agent au moment où il fait usage de son arme, que plusieurs autres de ces actes, participant à une action criminelle visant à causer une pluralité de victimes, soient à nouveau commis par le ou les mêmes auteurs dans un temps rapproché, le fait pour un fonctionnaire de la police nationale ou un militaire de la gendarmerie nationale de faire un usage de son arme rendu absolument nécessaire pour faire obstacle à la répétition de ces actes. »

II. - L'article L. 4123-12 du code de la défense est complété par un III ainsi rédigé :

neutralisation d'un individu désigné comme auteur d'un meurtre ou tentative de meurtre dont des raisons objectives conduiraient à penser qu'il s'apprêterait à réitérer ses actes.

« Constitue un acte nécessaire à la sauvegarde des personnes, au sens de l'article 122-7 du code pénal, lorsqu'un ou plusieurs meurtres ou tentatives de meurtre viennent d'être commis et qu'il existe des raisons réelles et objectives de craindre, au regard des circonstances de la première agression et des informations dont dispose l'agent au moment où il fait usage de son arme, que plusieurs autres de ces actes, participant à une action criminelle visant à causer une pluralité de victimes, soient à nouveau commis par le ou les mêmes auteurs dans un temps rapproché, le fait pour un fonctionnaire de la police nationale ou un militaire de la gendarmerie nationale de faire un usage de son arme rendu absolument nécessaire pour faire obstacle à la réitération de ces actes. »

La discussion houleuse de ce texte devant le Conseil d'Etat est révélatrice de son caractère novateur et des difficultés d'appréhension de la réalité des opérations par les magistrats de l'ordre administratif⁸³. Il s'agirait ici de permettre d'ouvrir le feu sur un individu non en raison de son comportement en cours, mais de ses actes passés et à venir. La concomitance n'aurait plus à justifier le recours à la force létale, c'est la dangerosité de l'individu, à très court terme bien sûr, qui le permettrait. Cette disposition a pu être qualifiée de « *légitime attaque* » par certains magistrats, et même de « *peine de mort* » par d'autres, radicalement opposés à cette évolution.

Il semble certain que, si elle était adoptée et mise en œuvre, cette loi pourrait donner lieu à un examen poussé de la CEDH. Mais le principe d'absolue nécessité posé par la Cour et repris dans la lettre de l'article, ne semble pas antinomique de l'application de cette disposition. Il conviendrait en tout état de cause d'en apprécier les conditions de mise en œuvre au regard du DEDH afin de mettre en place le cadre infra-réglementaire adéquat et d'adapter notamment les REF applicables.

2.2.4.2. Développer un cadre réglementaire autorisant et encadrant l'emploi de la force terrestre.

Par ailleurs, au-delà de l'excuse pénale, vérifiée a posteriori par le juge, il paraîtrait pertinent et juridiquement plus sécurisant de **développer un cadre légal et réglementaire autorisant et encadrant l'emploi de la force terrestre sur le TN.**

Une réflexion pourrait être menée afin de mettre en place un cadre réglementaire comparable à celui existant pour les autres milieux. Il pourrait prévoir :

- la définition des missions attribuées aux militaires, et de l'effet final recherché, afin d'en finir avec un éventail de missions diversement évoquées par des réquisitions préfectorales potentiellement peu précises et confinant parfois à la simple demande de moyens humains.
- La définition d'une procédure de classification des actes, qui permettrait une gradation de l'emploi de la force comparable par exemple aux « mesures actives de sûreté aériennes » (MASA).

« III. - L'article L. 434-2 du code de la sécurité intérieure est applicable aux militaires des forces armées déployés sur le territoire national dans le cadre des réquisitions prévues à l'article L. 1321-1 du présent code. »

⁸³ Ainsi certains conseillers d'Etat ont pu remettre en cause la nécessité d'une nouvelle excuse pénale en arguant de l'existence de la possibilité de l'arrestation citoyenne couplée à la légitime défense, pourtant inapplicable dans des scénarii d'action terroriste comme celui des tueries de masse sans impliquer une réelle mise en danger de la vie des personnes des forces de sécurité.

L'octroi aux militaires de nouvelles attributions ou pouvoirs pourrait également utilement être étudié. Il est surprenant de constater que les militaires chargés de protéger la population contre la menace terroriste ne se voient pas reconnaître par la loi certains pouvoirs détenus par les vigiles privés. A titre d'exemple il pourrait être envisagé de leur conférer certains pouvoirs de police comme la possibilité de fouiller des véhicules, ou de réaliser une inspection visuelle des bagages ou des palpations de sécurité hors mise en œuvre de l'article 73 du code de procédure pénale.

Une autre solution possible pourrait être la **présence systématique d'un officier de police judiciaire** (OPJ) au sein des patrouilles, qui pourrait réaliser les actes de police judiciaire nécessaire à l'efficacité opérationnelle.

Enfin et plus largement, il pourrait être proposé, comme l'évoquent certains magistrats de la direction des affaires pénales militaires du ministère de la défense, de créer au sein du code de la défense un article qui puisse donner au juge une base claire pour traiter des affaires qui pourraient se présenter concernant l'emploi de la force sur le TN. A **l'image de l'article L. 4123-11**⁸⁴ qui précise l'état du droit concernant les délits non intentionnels, sans ajouter au fond, **un article pourrait venir préciser l'état de la jurisprudence concernant le recours à la force dans le cadre des opérations militaires sur le territoire national**. Une telle disposition permettrait, sans créer de nouvelle excuse pénale, à la fois de rassurer la communauté de la défense et de constituer pour le juge une référence législative, systématiquement applicable.

CONCLUSION :

Le DIDH et plus particulièrement le DEDH se trouvent aujourd'hui au cœur de l'activité opérationnelle militaire, en OPEX et sur le TN. Il s'agit sans conteste d'une évolution de l'environnement décisionnel importante en ce qu'elle crée de nouvelles contraintes, qui doivent être prises en compte par le chef militaire. Or ces contraintes ne peuvent être figées dans le temps et explicitées une fois pour toutes. Cette prise en compte implique une adaptation constante à un droit en développement, du fait de la production de nouvelles normes par des sources diverses (hard law, soft law, coutume) mais également de la capacité constructiviste de la jurisprudence qui l'applique.

Cette nouvelle strate s'ajoute pour le décideur à un cadre juridique déjà complexe. Le droit étant une matière spécifique, technique, parfois aride et en mouvement perpétuel. Une mauvaise interprétation, une méconnaissance des règles et de leurs conséquences pourraient entraîner un sentiment de crainte face à un risque mal appréhendé et qui peut sembler évoluer de façon quasi autonome, voire une appréhension éventuellement source d'inhibition.

⁸⁴ « Sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 du code pénal, les militaires ne peuvent être condamnés sur le fondement du troisième alinéa de ce même article pour des faits non intentionnels commis dans l'exercice de leurs fonctions que s'il est établi qu'ils n'ont pas accompli les diligences normales compte tenu de leurs compétences, du pouvoir et des moyens dont ils disposaient ainsi que des difficultés propres aux missions que la loi leur confie. »

Ces diligences normales sont appréciées en particulier au regard de l'urgence dans laquelle ils ont exercé leurs missions, des informations dont ils ont disposé au moment de leur intervention et des circonstances liées à l'action de combat.

Toutefois, il doit ressortir d'une analyse juridique rationnelle et pragmatique que l'application du DIDH présente des risques particuliers limités pour le décideur militaire.

En OPEX, le risque juridique est bien maîtrisé en raison de la robustesse de l'environnement juridique national mais également de l'application du DIH en tant que *lex specialis*, un droit que les militaires ont intégré depuis longtemps dans les opérations, de la planification à la conduite. Certes, des problématiques juridiques techniques existent dans le cadre des CANI, et peuvent sans conteste créer une certaine incertitude dans la définition de l'environnement juridique des opérations. Toutefois, le risque juridique dont elles pourraient être à l'origine doit être relativisé en ce qu'il ne concerne que la responsabilité de l'Etat, sans conséquence sur la responsabilité personnelle du décideur militaire.

Sur le TN, et notamment pour les opérations en milieu terrestre, le cadre juridique national présente un manque de robustesse porteur de risques juridiques résiduels. Toutefois ces risques se matérialisent principalement au regard du droit pénal français, et non du DIDH et du DEDH. En pratique, les risques juridiques découlant du DEDH semblent modérés au regard de la responsabilité de l'Etat, et très limité pour les décideurs militaires.

Si les risques juridiques peuvent être évalués comme minimes pour le décideur militaire, leur perception est néanmoins source de questionnement, et le brouillard du droit doit être dissipé au maximum, afin de permettre la plus grande sérénité possible dans l'action. A ce titre, des pistes d'action et de réflexion existent, afin de renforcer encore la maîtrise des risques juridiques.

Elles peuvent d'abord viser à l'optimisation et au développement du cadre juridique existant. Il s'agirait tout d'abord de l'exploiter au mieux, en utilisant les procédures dérogatoires prévues par le DIDH ou encore en optimisant l'interprétation du droit national pour les opérations sur le territoire, par exemple pour le développement de règles d'emploi de la force exploitant toutes les ressources du droit pénal français. Il s'agirait ensuite d'étudier le développement du cadre juridique existant. Afin de sécuriser l'environnement juridique en OPEX et l'application du DIDH à l'aune du DIH, la France doit peser de toute son influence pour le développement des règles de DIH, notamment dans le cadre des CANI. Dans la même logique, la sécurisation de l'application du DIDH aux opérations sur le TN appelle au renforcement et au développement du cadre juridique national. Un projet d'extension de l'excuse pénale de l'état de nécessité est en cours et permettra une réelle limitation du risque juridique au regard du droit pénal français. Toutefois, des réflexions pourraient être menées sur le développement d'un véritable cadre juridique de l'emploi de la force adapté aux nouvelles menaces sur le territoire national.

Elles impliqueraient également une adaptation des attitudes et actions opérationnelles à l'environnement juridique. En OPEX, il s'agirait de continuer à modeler l'action opérationnelle au regard du DIDH, en l'adaptant aux exigences réelles du droit, c'est-à-dire en dissociant les contraintes strictement juridiques et d'autres ordres (politique, diplomatique, hiérarchiques). Ceci permettrait d'avoir une analyse des risques saine et d'éviter que le droit ne soit le paravent de contraintes diverses et mal appréhendées. Sur le TN, les retours d'expérience opérationnelle semblent faire écho aux exigences de la CEDH et appeler à un renforcement de la définition des conditions et présupposés de l'emploi de la force.

Il n'existe pas aujourd'hui de risque juridique pour le décideur militaire qui puisse rationnellement conduire à une réaction d'inhibition. Les analyses britanniques

particulièrement alarmistes ne semblent pas transposables à la France. Tout d'abord en raison de fortes différences en matière de droit de la responsabilité, dues au système de common law. Mais également dans la mesure où ces analyses sont bien plus politiques que juridiques, et ne cherchent pas à évaluer les risques juridiques réels et encore moins à les maîtriser, mais à justifier et démultiplier des peurs irrationnelles dans un objectif de décrédibilisation du DEDH et plus largement des institutions européennes.

Le droit ne doit pas être un ennemi de l'action opérationnelle, il doit être un facteur de la réussite des opérations. Deux révolutions intellectuelles semblent s'imposer pour ce faire. La place du droit dans l'action militaire doit tout d'abord être redéfinie. Le droit applicable doit être pris en compte comme un facteur de l'environnement décisionnel, un facteur plus que jamais important dans un monde global et médiatisé dans lequel le « law fare » semble utilisé comme une capacité nivellante par nos ennemis asymétriques. Le droit applicable aux conflits armés, qui intègre le DIH mais également le DIDH, n'est pas une contrainte figée, accessoire, il doit être pris en compte à tous les niveaux de gestion des conflits, du stratégique au tactique, de la planification à la conduite. Pour cela la pédagogie et l'accompagnement par les spécialistes sont fondamentaux, et l'action des juristes du ministère de la défense, et notamment des juristes militaires que sont les conseillers juridiques en opérations, sera déterminante.

La connaissance du monde juridique et de la réalité de l'action judiciaire doivent également être améliorées. Les valeurs militaires, centrées sur l'honneur et la probité, sont une force en termes de discipline et de soumission à la règle de droit. Elles deviennent une potentielle faiblesse en cas de confrontation à un monde inconnu et craint. Ainsi l'enquête pénale est encore considérée comme infâmante, quelles qu'en soient les conclusions réelles. Les militaires mis en cause, trop souvent traînés devant le tribunal de l'opinion publique, craignent pour leur réputation, pour leur carrière, parfois à juste titre. Or une mise en examen est une chance d'avoir accès à son dossier et de pouvoir se défendre, et être l'objet d'une enquête pénale ne signifie pas être coupable d'un délit et encore moins être à terme condamné. A l'heure de la judiciarisation de la société, un changement de culture est nécessaire. Si les juristes du ministère doivent travailler pour maîtriser les risques, c'est la communauté militaire dans son ensemble qui doit travailler pour changer les mentalités. Par la pédagogie, une meilleure connaissance mutuelle des mondes militaire et judiciaire, un suivi et une communication sur les affaires judiciaires et leurs conséquences, il faut arriver à dédramatiser le risque juridique.

Le risque zéro n'existe pas sur le champ de bataille. Dans le brouillard de la guerre le chef militaire développe un art de la décision qui est une analyse et une mise en perspective des risques. Le risque juridique est l'un d'entre eux. Il doit être connu, analysé, relativisé, maîtrisé au mieux, et s'il le faut encouru, en connaissance de cause, dans le seul but de l'accomplissement de la mission.

BIBLIOGRAPHIE .

Ouvrages.

ANDERSSON Nils et LAGOT Daniel (dir.), *La justice internationale aujourd'hui, vraie justice ou justice à sens unique ?*, Paris, L'harmattan (Questions contemporaines), 2009, 220 pages.

BARTHELEMY CHRISTOPHE, *La "judiciarisation" des opérations militaires*, Paris, L'Harmattan (Thémis et Athena), 2003, 269 pages.

CARIO Jérôme (dir.), HUBSCHER Edouard, MARQUAILLE Philippe, POINCIGNON Yann, SAULNIER Frederic, *La cour pénale internationale: quelles conséquences pour les forces armées françaises?*, Paris, Les éditions des Riaux (Collection des chercheurs militaires), 2005.

ERGEC Rusen, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, 3^{ème} édition, Bruxelles, Larcier, Université du Luxembourg, 2014, 324 pages.

GARAPON Antoine, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996, 281 pages.

GOFFI Emmanuel (Capitaine) (dir), BOUTHERIN Grégory (Capitaine) (dir.), *Les conflits et le droit*, Paris, Choiseul, 2011, 196 pages.

SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12^{ème} édition, Paris, Presses Universitaires de France, 2015, 967 pages.

Articles.

ABBOTT Kirby (Colonel), "A brief overview of legal interoperability challenges for NATO arising from interrelationship between IHL and IHRL in light of the European Convention on Human Rights », *International Review of the Red Cross*, 2015, pp 107-137.

DROEGE Cordula (Dr), "Elective affinities? Human rights and humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 871, septembre 2008, pp. 501-548.

FORSTER Anthony, "British judicial engagement and the juridification of the armed forces", *International Affairs*, vol 88, n°2, 2012, pp 283-300.

HEINTZE Hans-Joachim, « Recoupement de la protection des droits de l'homme et du droit international humanitaire dans les situations de crise et de conflit », *Cultures et conflits*, n°20, 2005, pp 123-147.

HERVIEU Nicolas, « La jurisprudence européenne sur les opérations militaires à l'épreuve du feu », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 20 octobre 2014. URL : <http://revdh.revues.org/890>

KREß Claus, « The regulation of non-international conflicts : can a privilege of belligerency be envisioned in the law of non-international armed conflicts ? », *International Review of the Red Cross*, 2015, pp 29-44.

POCAR Fausto (Pr) “ Criminal prosecution as a tool for ensuring international security and stability”, *Military law and the law of war review*, vol.52-1, 2013, pp 123-129.

SICILIANOS Linos-Alexandre (Juge à la Cour européenne des droits de l’homme), « L’articulation des droits de l’homme et du droit international humanitaire dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l’homme », *Rencontre avec une délégation de la Cour internationale de justice, Strasbourg, 25-26 juin 2015*. URL : http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20150626_Juge_Sicilianos.pdf.

STEPHENST Dale "Human Rights and Armed Conflict-The Advisory Opinion of the International Court of Justice in the Nuclear Weapons Case", *Yale Human Rights and Development Journal*, Vol. 4: Iss. 1(2001), Article 1. URL: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yhrdlj/vol4/iss1/1>.

TUGENDHAT Thomas et CROFT Laura “the fog of law: an introduction to the legal erosion of british fighting power”, *Policy Exchange*, 2013, 76 pages.

“Interview with brigadier General Richard C. Cross, US Army Legal Counsel to the Chairman of the Joint Chiefs of Staff”, *International Review of the Red Cross*, 2015, pp 13-27.

LES MEMOS DU DCA (DAJ), “*La cour européenne des droits de l’homme et les opérations extérieures*”, n°1, octobre 2014, 15 pages.

Publication du haut commissariat des Nations Unies aux droits de l’homme, la protection juridique internationale des droits de l’homme dans les conflits armés, New-York et Genève, 2011, URL : http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_in_armed_conflict_FR.pdf.

Articles de presse :

BADINTER Robert, “*Omar Khadr n'est pas un ennemi combattant, il est d'abord une victime*”, *Le Monde*, 22 janvier 2008.

BERNARD Philippe, « *Cameron veut sortir le Royaume-Uni de la cour européenne des droits de l’homme* », *Le Monde*, 1^{er} octobre 2014.

WATT Nicholas et BOWCOTT Owen, « *Tories plan to withdraw UK from european convention on human rights* », *The Guardian*, 3 octobre 2014.

BOWCOTT Owen, “*Human rights law has no place on the battlefield’ – Policy exchange report*”, *The Guardian*, 30 mars 2015.

COOPER Helen, SCHMITT Eric, SCHMITT Michael , “*U.S. Captures ISIS Operative, Ushering in Tricky Phase*”, *New York Times*, 1er mars 2016.

Acte de colloque.

Actes provisoires du colloque “ *Les relations entre le droit international humanitaire et le droit européen des droits de l’homme: quelles perspectives?*”, 22 octobre 2014, direction juridique du Ministère de la défense, Paris.

Rapports :

EKINS Richard, MORGAN Jonathan, TUGENDHAT, “*Clearing the Fog of Law, Saving our armed forces from defeat by judicial diktat*”, Policy Exchange, 2015 <http://www.policyexchange.org.uk/images/publications/clearing%20the%20fog%20of%20law.pdf>

“*Protection human rights in the UK, the conservatives proposals for changing Britain’s human rights laws*”, publié le 2 octobre 2014.

QUENIVET Noëlle, SARI Aurel, Workshop Report “*Human rights and military operations: confronting the challenges*”, University of Exeter, Strategy and Security Institute, Juillet 2015.

Rapport parlementaire, présenté au Sénat et à l’Assemblée Nationale les 15 et 16 mars 2016, “ *Conditions d’emploi des forces armées lorsqu’elles interviennent sur le territoire national pour protéger la population*”, rapport au Parlement, publication DICOD , mars 2016. http://www.assemblee-nationale.fr/14/seance/rapport_emploi_forces_armees.pdf

Documents divers :

Codes : code de la défense, code pénal, code de procédure pénale, code de justice militaire.

Circulaire du 15 avril 2014 présentant les dispositions des lois n°2011-1862 du 13 décembre 2011 et n°2013-1168 du 18 décembre 2013 relatives aux affaires militaires

Jurisprudences CEDH (détails en note de bas de page).

Jurisprudences CIJ (détails en note de bas de page).

Résolution de la 32ème conférence internationale de la croix rouge, 8-10 décembre 2015 : « *Strengthening international humanitarian law, protecting persons deprived of their liberty*”.

Décret no 2013-364 du 29 avril 2013 portant publication de l’accord sous forme d’échange de lettres entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Mali déterminant le statut de la force « Serval », signées à Bamako le 7 mars 2013 et à Koulouba le 8 mars 2013.

Note du ministère des affaires étrangères et du développement international/Direction générale des affaires politiques et de sécurité n° ND-2015-1116041 du 23/11/2015 relative à l’état d’urgence – Notification au Secrétaire général des Nations Unies.

Note MAE/DGAPS n°ND-2015-1116150 du 23/11/2015 relative à l'état d'urgence –
Notification au Secrétaire général du Conseil de l'Europe.

RETEX engagement de l'UE 45 du 13 au 14 novembre 2015.

Personnes rencontrées :

DE BEAUREGARD Eric (commissaire en chef de première classe), chef du bureau du droit des conflits armés à la direction des affaires juridiques du ministère de la défense (DAJ).
Entretien oral libre le 16 décembre 2015.

LABARRIERE Xavier (commissaire en chef de deuxième classe), cabinet du chef d'état-major des armées, adjoint au chef de la section « juridique opérationnelle », entretien oral libre le 4 décembre 2015.

HUMBERT Michaël (Magistrat Lieutenant Colonel), chef du bureau de l'expertise et du droit pénal, direction des affaires pénales militaires, entretien oral libre le 6 janvier 2016.

GULLON Sandrine, vice-procureur du Tribunal de Grande Instance (TGI) de Paris et chef de la section C3 en charge des affaires militaires, entretien oral libre le 18 avril 2016.