



Le Militaire et le Droit

CEN (TA) Pierre-Antoine DOUAY

RESUME

La judiciarisation de la société française s'est étendue au domaine régalien de la Défense et en particulier celui de l'action des armées françaises. Alors que l'intrusion du juge dans les opérations militaires s'est accrue suite aux opérations menées en Afghanistan, les militaires et les responsables politiques ont vu poindre une réelle menace sur l'outil militaire au travers d'une judiciarisation sans limites. Le risque était de conduire à l'inhibition des chefs militaires ainsi qu'à un risque de déstabilisation et de décrédibilisation de l'action de la France sur la scène internationale.

Pour limiter ce risque et face à des adversaires n'appliquant pas les mêmes cadres juridiques et moraux, le politique a obtenu du législateur une protection accrue du militaire. Il en a résulté un juste équilibre entre liberté d'action en opération extérieure et devoir de responsabilité. De même, les attentats terroristes de 2015 ayant entraîné le déploiement de l'opération Sentinelle, ont conduit à une évolution législative plus large de la notion de légitime défense et du principe de nécessité afin de défendre efficacement la population dans le respect de l'État de droit.

Cet équilibre doit perdurer face à l'évolution des menaces d'un monde mouvant, qui gagne en dangerosité, tout en préservant les valeurs qui font l'identité des forces armées françaises. Alors que la méconnaissance des problématiques de Défense s'accroît et que l'apparition des robots armés introduira à terme de nouveaux défis dans la relation entre le militaire et le droit, le renforcement de cette connaissance mutuelle permettra le maintien de cet équilibre indispensable à la « raison première de l'État ».

The judicialization of French society has spread to the sovereign domain of defense and especially to the action of the French armed forces. While the judge's intrusion into military operations has accumulated as a result of operations in Afghanistan, the military and politicians have seen a real threat to the military tool through unrestrained judicialization. The risk was to lead to the inhibition of military leaders as well as a risk of destabilization and discrediting of France on the international scene.

Because of this threat, politics have obtained from the legislator an increased protection of the military facing opponents who don't apply the same legal and moral frameworks. The result is a fair balance between freedom of action in military operations and the duty of responsibility. Similarly, the terrorist attacks of 2015 led to the deployment of Operation Sentinelle prompted a

legislative evolution and a protector of the concept of self-defense and the principle of the need to defend the population in accordance with the rule of law.

This balance must continue to face the evolving threats of a shifting world, which is gaining in danger, while preserving the values that make the identity of the French armed forces. While ignorance of the problems of Defense grows, and the presence of armed robots is appearing, strengthening mutual knowledge between the world of justice and armed forces will maintain this quite balance indispensable to the "first reason of the State".

SOMMAIRE

Introduction:	p. 1
1. L'usage de la force légitimé par le droit	p. 5
1.1 Le droit: fondement des opérations:	p. 5
1.1.1 Le droit international et les engagements à l'étranger	p. 5
1.1.1.1 Le droit international public	p. 5
1.1.1.2 Le droit des conflits armés	p. 6
1.1.1.3 Le droit international pénal	p. 7
1.1.2 Le cadre juridique sur le territoire national	p. 8
1.1.2.1 Les actions permanentes	p. 8
1.1.2.2 Les actions de circonstances	p. 8
1.2 La France enracine ses opérations dans ses valeurs	p. 10
1.2.1 Le droit dans les opérations depuis la deuxième guerre mondiale	p. 10
1.2.2 Le poids des valeurs dans les opérations actuelles	p. 12
2. Le militaire, encadré et protégé par le droit	p. 15
2.1 Le cadre juridique des opérations	p. 15
2.1.1 Application du droit en opérations	p. 15
2.1.1.1 Le militaire en opération extérieure et le droit pénal	p. 16
2.1.1.2 Le droit sur le territoire national	p. 17
2.1.2 La judiciarisation : quelle réalité ?	p. 18
2.2 Le militaire protégé	p. 20
2.2.1 L'avis consultatif du ministre dans la procédure pénale	p. 20
2.2.2 La protection fonctionnelle	p. 21
2.2.3 La discipline	p. 23
3. La liberté d'action préservée	p. 26
3.1 Vers une liberté responsable du militaire	p. 26
3.1.1 Evolutions du droit en opérations	p. 26
3.1.1.1 La mort violente d'un militaire au cours d'une action de combat	p. 27
3.1.1.2 La compétence exclusive du ministère public pour poursuivre des délits commis à l'étranger impliquant un militaire français	p. 28

3.1.1.3 La clarification de la notion d'imprudence ou de négligence commise par des militaires en opération extérieure :	p. 29
3.1.1.4 Création d'un fait justificatif exonératoire de responsabilité pénale pour les opérations mobilisant des capacités militaires se déroulant à l'extérieur du territoire français	p. 29
3.1.2 Les évolutions du droit de la légitime défense sur le territoire national	p. 30
3.2 Faut-il aller plus loin?	p. 32
3.2.1 Un juste équilibre atteint	p. 31
3.2.2 Le défi de la connaissance mutuelle entre les acteurs du droit et les militaires	p. 35
Conclusion	p.38
Bibliographie	p.40

Depuis la guerre d'Algérie et les opérations extérieures conduites au cours des cinquante dernières années, l'emploi de la force donne lieu à un encadrement juridique dont la complexité croissante a marqué des générations d'officiers engagés dans des missions au contexte souvent confus. Cette complexité émane de la friction entre le droit et l'usage de la force liée à la difficulté de concilier régulation de l'action militaire conformément au cadre légal et nécessaire préservation de la liberté d'action du militaire dans la conduite des opérations.

Si le militaire désigne tout d'abord le combattant, le soldat régulier membre des forces armées d'un État reconnu, il est aussi un citoyen¹, sujet à des obligations et des sujétions particulières propres à son état. Le militaire est pas un citoyen particulier car il détient un pouvoir exorbitant, celui de donner la mort dans le cadre de sa mission, avec comme corollaire l'acceptation du sacrifice suprême². Le militaire désigne aussi, au sens large, l'ensemble de l'institution, c'est-à-dire le domaine regroupant à la fois l'organisation des armées, leur fonctionnement et leur emploi. A ce titre, l'institution militaire est naturellement liée au droit, tant dans son fonctionnement administratif que dans la réalisation des missions qui lui sont confiées par le politique. Du contentieux administratif à l'emploi de la force en passant par l'application du code des marchés publics, le militaire, soldat ou institution, est sujet « de » et « au » droit. Enfin, il est nécessaire de souligner que l'usage de la force a toujours occupé une place centrale dans la Défense de la Nation, à la fois *ultima ratio regum* et « raison première de l'État³ ».

En raison de son vaste champ d'application, le droit ne manque également pas de complexité. D'après sa définition académique, il désigne l'ensemble des règles qui régissent et canalisent « l'activité des hommes en société »⁴. Il est intrinsèquement lié *aux* droits qui regroupent l'ensemble des prérogatives que *le* droit reconnaît aux individus et dont ceux-ci peuvent se prévaloir dans leur relation avec les autres en invoquant la protection des pouvoirs publics. La notion de droit ne doit pas être confondue avec celle de Justice, qu'elle englobe toutefois ; institution avec ses membres, ses organes au sein de l'État et ses acteurs visant à défendre l'ordre, la sécurité et la paix. Le droit englobe tous les domaines de l'activité humaine et donc l'usage de la force. Le conflit entre le droit et le militaire réside d'une part dans la convergence de leurs buts qui visent tous deux à la pérennité de l'État et de son mode de fonctionnement et d'autre part de la

¹ « Les militaires jouissent de tous les droits et libertés reconnus aux citoyens. Toutefois, l'exercice de certains d'entre eux est soit interdit, soit restreint dans les conditions fixées par la présente loi » ; LOI n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires.

² *Idem supra*.

³ Général de Gaulle, Discours de Bayeux, 1952.

⁴ François Terré, Introduction générale au Droit, éditions Dalloz, 2009, p.1.

divergence de leurs champs d'application. Souvent vu dans l'institution militaire comme un domaine de spécialistes (juristes, LEGAD⁵...), le droit touche en réalité le quotidien organique et opérationnel.

Ce sujet invite également à étudier les relations qu'entretiennent les militaires et le droit chez nos voisins et alliés, témoins de son positionnement dans la cité et de la prise en compte de sa spécificité. Les rapports entre le militaire, le droit et la justice ne sont pas uniformes au sein des pays occidentaux. Aux États-Unis, des chercheurs comme Samuel Huntington ont tenté de préciser le positionnement particulier du militaire dans la société⁶. Ses droits et ses devoirs ont ainsi été codifiés au sein du UCMJ⁷. Le modèle américain demeure particulier car il a conservé une justice militaire aux compétences pleines et entières; prenant en compte la spécificité du métier des armes. Elle est également rendue et conduite par les militaires eux-mêmes. A l'inverse, l'Allemagne, comme la France, a supprimé la justice militaire en temps de paix. La Suisse dispose pour sa part d'une justice militaire totalement indépendante de la justice pénale ordinaire, mais qui fonctionne selon les mêmes principes. Les justices militaires anglaise, espagnole et italienne sont quant à elles encore en partie intégrées à la justice pénale ordinaire, mais avec des fonctionnements différents. Cette diversité souligne le particularisme de chaque État et de l'éclectisme des relations entre le droit et le militaire. Par ailleurs, le droit externe, perçu comme une menace, a ainsi poussé certains pays à se mettre à distance des instances internationales jugées trop intrusives et remettant en cause la sécurité juridique des soldats déployés. La Grande-Bretagne a ainsi annoncé que ses soldats ne seraient plus soumis à la CEDH⁸ lors de leur déploiement en opérations extérieures afin de ne plus faire l'objet de procédures jugées abusives⁹. On peut aussi souligner une intrusion forte du droit européen dans le domaine organique comme en témoigne également le récent débat sur la directive européenne portant sur le temps de travail¹⁰.

Dans cette étude, seule la relation entre le militaire et le droit en France sera étudiée. Marquée par une histoire ancienne, riche et parfois mouvementée, cette relation connaît un regain d'attention ces dernières années suite au repositionnement du militaire dans une mission oubliée, mais centrale, qu'est la protection du territoire et plus précisément la lutte contre le terrorisme avec l'opération Sentinelle qui a fait suite aux attentats de 2015 et la mise en place de l'état d'urgence. Cette relation s'inscrit également dans le prolongement des opérations en Afghanistan (2001-2013),

⁵ Legal Advisor: conseiller juridique du chef militaire.

⁶ Samuel Huntington, *The soldier and the State*, 1952

⁷ Uniform Code of Military Justice.

⁸ Cour Européenne des Droits de l'Homme située à Strasbourg.

⁹ Annonce par le Premier Ministre Teresa May le 4 octobre 2016, cette décision ne devrait pas être effective avant 2022.

¹⁰ Directive européenne sur le temps de travail (2003/88/CE).

et notamment des procédures pénales initiées par les proches des militaires tués à Uzbeen en 2008, qui ont constitué un tournant majeur en raison de l'émergence de la judiciarisation, phénomène perçu par les militaires comme un risque majeur. Ces évolutions ont des fondements multiples. Tout d'abord, l'évolution globale la société qui tend vers une judiciarisation accrue, favorisée depuis plusieurs décennies par une inflation normative. Par ailleurs, la perception du statut du militaire au sein de la société française, en particulier depuis la professionnalisation, tend à faire du militaire tombé au combat une victime. Derrière les questionnements légitimes des familles, se profile en réalité la recherche d'un responsable/coupable pour répondre à l'inacceptable que constitue la perte d'un proche. Enfin, elles naissent également de la volonté de la France d'ancrer la légitimité de ses actions dans un cadre juridique porteur de ses valeurs et de s'assurer de la légitimité de son action par le soutien d'un cadre légal promu par le droit international alors que les menaces auxquelles elle fait face s'affranchissent le plus souvent des standards juridiques occidentaux.

Ainsi, par l'étude de la relation entre le militaire et le droit, il s'agit de se demander comment le droit intègre aujourd'hui en France la spécificité du militaire et si le militaire doit considérer le droit comme un moyen ou un objectif à atteindre pour garantir le succès des opérations.

Les relations entre le droit et le militaire sont multiples et complexes. Le droit, à la fois fondement et cadre de l'usage de la force, a dans un premier temps suivi les évolutions de la société encline à la judiciarisation. Face au risque potentiel, mais réel, d'une inhibition des militaires en opération, le pouvoir politique a fait intervenir le législateur et a rétabli un équilibre salutaire entre encadrement juridique et liberté d'action en opération. Désormais, le militaire et le droit ont atteint une complémentarité constructive. Suite aux récentes évolutions législatives, il convient d'entretenir et d'améliorer les relations entre le droit et le militaire par le maintien d'une connaissance mutuelle approfondie et la préservation d'une spécificité militaire responsable.

Etudier les relations entre le droit et le militaire invite tout d'abord à constater l'ancrage de l'usage de la force dans le droit, national et international. En plus de cet ancrage, commun à tous les pays occidentaux, la France renforce ce fondement juridique par l'affirmation de ses valeurs fondatrices.

Ces relations soulignent par ailleurs que l'action du militaire français est fortement encadrée par le droit et connaît, à l'image de l'ensemble de la société, la pression de la judiciarisation alors qu'il bénéficie de nombreuses dispositions lui accordant un statut de justiciable protégé.

Enfin, il s'agit de constater que les relations actuelles entre le droit et le militaire préservent davantage ce dernier qu'auparavant. Le contexte sécuritaire et la redécouverte de la dangerosité du monde ont incité le pouvoir politique à protéger son outil de défense, sans pour autant remettre en cause le principe de sa responsabilité, preuve de la préservation de l'État de droit.

1. L'usage de la force légitimé par le droit :

Etudier les frictions entre l'usage de la force et le droit impose tout d'abord de s'intéresser aux fondements juridiques des opérations. Fidèle à ses valeurs, la France promeut le respect du droit comme fondement de la légitimité de son action et de ses engagements à l'étranger, comme sur le territoire national.

1.1 Le droit fonde les opérations :

1.1.1 Le droit international et les engagements à l'étranger :

Le droit international, dans ses différentes composantes, constitue le socle de la légalité des engagements de la France. Droit éminemment politique, reflet à la fois de rapports de force et de consensus internationaux, il régit les relations entre États, mais également les relations entre les individus et les États. Seules les relations entre les États, éléments au cœur des engagements militaires seront abordés. Ces fondements juridiques se retrouvent dans le *jus ad bellum* (droit de la guerre), le *jus in bello* (droit de faire la guerre) mais également dans un *jus post bello* caractérisé par les sanctions possibles en cas de manquements au droit, constatés entre autres par la Cour pénale internationale (CPI).

1.1.1.1 Le droit international public:

Le droit international public, « *autrefois appelé droit des gens, est constitué par l'ensemble des règles de droit qui s'appliquent aux sujets de la société internationale, c'est-à-dire normalement aux États et aux organisations internationales, et exceptionnellement aux individus*¹¹ ». Il est constitué non seulement des traités internationaux mais également des résolutions de l'ONU et de droit international coutumier. Ce droit occupe une place importante dans la hiérarchie des normes de Kelsen, se situant immédiatement en dessous de la Constitution¹², et a donc une autorité supérieure aux lois comme le garantit l'article 55 de la Constitution de 1958, sous réserve de la publication de l'accord, d'une ratification régulière et du respect du principe de réciprocité entre les parties signataires¹³. Sous ces conditions, la France se doit de respecter ses engagements internationaux.

¹¹ David Ruzié, *Droit International public*, Paris, Dalloz (Memento Dalloz), 16ème édition, 2002, p.1.

¹² Positionnement consacré par l'arrêt du Conseil Constitutionnel CC, 1998, SARRAN.

¹³ « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Art. 55 de la Constitution de 1958.

Ainsi, les interventions militaires en dehors du territoire national s'appuient principalement sur les décisions et résolutions, du conseil des Nations Unies et/ou sur demande de l'État dans le cadre d'accords bilatéraux comme ce fut le cas pour le déclenchement de l'opération Serval en janvier 2013 au Mali¹⁴.

1.1.1.2 Le droit des conflits armés :

Née d'une prise de conscience collective face à l'atrocité des combats, la volonté de réguler l'usage des armes apparaît dès le Moyen-Age sous l'impulsion de l'Eglise (Trêve de Dieu, règles de chevalerie...) et s'est poursuivi avec les écrits de Grotius et les Lumières. Ce droit a conduit à la codification de règles sous la forme de droit de la guerre, droit humanitaire et le droit de la maîtrise des armements.

Le droit de la guerre est codifié par les différentes conventions de La Haye, dont les plus connues sont celles du 18 octobre 1907 concernant d'une part les lois et coutumes de la guerre sur terre, et d'autre part la pratique de la guerre maritime. L'objectif de ces conventions était de protéger les combattants des effets les plus meurtriers de la guerre et de définir un certain nombre de règles applicables au combat¹⁵. Les règles qui en découlent visent également la protection de certains biens particulièrement exposés, comme en témoigne la convention de La Haye du 14 mai 1954 relative à la protection des biens culturels.

Le droit humanitaire apparaît quant à lui sous l'impulsion d'Henri Dunant, témoin de la bataille de Solferino en 1859, et de l'Américain Francis Lieber¹⁶. Le droit dit de Genève¹⁷ viendra mettre en place une protection des victimes de la guerre. Les conventions sont quasi universelles, mais ce n'est pas le cas des protocoles additionnels. Il existe également un Droit International Humanitaire coutumier, que le CICR a compilé.

¹⁴ Janvier 2013 à juillet 2014, remplacée en août 2014 par l'opération Barkhane, à vocation régionale, de lutte contre le terrorisme

¹⁵ Interdiction de la perfidie ou l'interdiction de déclarer qu'il ne sera pas fait de quartier.

¹⁶ Francis Lieber, 1800 - 1872 est un juriste, philosophe politique et universitaire germano-américain. Il fut l'auteur du *Lieber Code* lors de la Guerre de Sécession, également connu sous le titre de *Code for the Government of Armies in the Field* (1863), qui conduisit à la rédaction des conventions régissant la conduite des troupes en temps de guerre.

¹⁷ La première Convention de Genève date de 1864. Sept textes ont cours actuellement : les quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 (les blessés et malades (1ère convention), les naufragés (2ème convention), les prisonniers de guerre (3ème convention) et la population civile (4ème convention), les deux protocoles additionnels du 8 juin 1977 (conflits de décolonisation et les guerres civiles) et le troisième protocole additionnel de 2005 (création du symbole du diamant rouge).

Le droit de la maîtrise des armements qui regroupe l'ensemble des conventions régulant ou réglementant l'usage de certaines armes ou munitions (armes chimiques¹⁸, mines anti-personnel¹⁹...) dont la France est signataire.

1.1.1.3 Le droit international pénal :

Il convient tout d'abord de différencier le *droit pénal international* qui s'attache à la manière dont l'ordre juridique interne de chaque État réagit face à des infractions (délits ou crimes) comportant un élément d'extranéité²⁰, du *droit international pénal* qui a pour objet l'analyse de la façon dont l'ordre juridique international réagit face à des crimes comportant un élément d'internationalité. Si ces deux notions se retrouvent liées, coopèrent voire s'affrontent régulièrement, il s'agit, dans le contexte du sujet qui nous intéresse, de se concentrer sur le second dont la définition peut être double. Il existe donc deux définitions du droit international pénal: l'une étroite, l'autre élargie.

Le droit international pénal, au sens le plus strict du terme, est une branche du droit international public qui englobe l'ensemble des institutions (règles et organismes) qui régissent la poursuite et les sanctions des personnes ayant enfreint certaines normes du droit international : crimes de guerre, crime contre l'humanité, génocide, torture, traitements inhumains.

Une acception plus large inclut toutes les infractions régies par le principe universel qui permet à chaque État d'engager des poursuites pénales sans qu'il soit tenu compte du lieu de la commission des infractions. Le droit international pénal englobe ainsi la prise en compte de l'action unilatérale des États contre la piraterie, la traite des êtres humains, l'esclavage, le faux monnayage, trafic de drogue etc...

Le droit international pénal trouve sa concrétisation dans la Cour pénale internationale (CPI), née du statut de Rome de 1998, et effective depuis 2002. Créée dans le prolongement des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* mis en place par l'ONU²¹ dont la spécialisation a montré les limites, elle compte aujourd'hui 124 États sur les 193 que comptent les Nations-Unies. L'absence des États-Unis et de la Russie, qui ont signé mais pas ratifié les accords, ainsi que de Chine et de l'Inde qui n'ont pas signé les accords, constitue néanmoins une faiblesse structurelle pour la crédibilité de cette juridiction. L'engagement de la France en faveur de la CPI s'est

¹⁸ Convention Internationale d'Interdiction des Armes Chimiques, CIAC, 1992.

¹⁹ Convention d'Ottawa de 1997.

²⁰ Situation juridique d'un étranger dans un pays donné.

²¹ Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) de 1993 ; Le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) de 1994 ; Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL) de 2002 et le Tribunal spécial des Nations unies pour le Liban créé en 2009.

manifesté immédiatement puisqu'elle fait partie des premiers pays signataires de l'année 2000. Le droit pénal français a été adapté à l'institution de cette cour dès 2002.

1.1.2 Le cadre juridique sur le territoire national :

L'engagement des forces armées sur le territoire national a pris une dimension toute particulière depuis la mise en place de l'opération Sentinelle au lendemain des attentats terroristes de 2015. Les Français et les armées ont redécouvert des missions qui étaient passées sous le silence de la routine, à savoir les missions de sécurité générale, de lutte contre le terrorisme et de sécurité civile. Ces missions revenues sur le devant de la scène opérationnelle des armées en général et de l'armée de Terre en particulier sont juridiquement encadrées et peuvent être effectuées soit de manière permanente, soit dans un cadre espace-temps délimité sur demande des autorités civiles.

1.1.2.1 Les actions permanentes :

Fondées sur le Code de la défense, les missions permanentes confiées aux armées reposent sur des capacités de veille, d'intervention et de soutien spécifique.

Les deux postures permanentes de milieux, la posture permanente de sauvegarde maritime (PPS-M) et la posture permanente de sûreté aérienne (PPS-A) dont la base juridique et réglementaire s'appuie sur le Code de la défense²², assurent la défense maritime et aérienne du territoire. Cette base juridique comporte également une dimension législative pour les actions de la Marine concernant les matières pénales nécessitant une loi (police en mer, sanctions pénales et mesures à l'égard des personnes sur les navires²³). Ces postures sont complétées par deux postures interarmées spécifiques, la posture de protection terrestre (PP-T) et la posture de cyberdéfense ainsi que deux capacités spécialisées de soutien, dont la caractéristique première est la dimension interministérielle. Ces dernières sont assurées par le SSA²⁴ et le SEA²⁵ par la mise à disposition de personnel et de matériel médical et pétrolier afin d'assurer, si besoin, la continuité des services de l'État.

1.1.2.2 Les actions de circonstances :

Les armées peuvent se voir confier des missions de sécurité sur demande expresse des autorités civiles²⁶ en renfort des forces de sécurité intérieure voire s'y substituer selon certaines

²² Code de la défense art D. 1431-1 (PPSM) et D. 1441-1 (PPSA).

²³ Code de la défense art L. 1521-1 à 18.

²⁴ Service de Santé des Armées.

²⁵ Service des Essences des Armées.

²⁶ Code de la défense, article L.1321-1 : « Aucune force armée ne peut agir sur le territoire de la République pour les besoins de la défense et de la sécurité civiles sans une réquisition légale ».

conditions. Les réquisitions et les demandes de concours constituent les fondements juridiques et la légalité, donc la légitimité, de ces interventions.

Les réquisitions sont des ordres donnés aux armées par les autorités civiles auxquels elles ne peuvent se soustraire. Elles peuvent être administratives ou judiciaires.

Les réquisitions administratives, avec ou sans emploi de la force, ont pour objet d'obtenir des autorités militaires la mise à disposition de capacités militaires. Document écrit, la réquisition circonscrit précisément le cadre espace-temps de l'intervention du militaire. Elle est établie à l'issue d'un dialogue avec l'autorité civile reposant sur la règle dite des 4I impliquant que le recours aux moyens militaires est indispensable suite à l'Insuffisance, l'Inadaptation, l'Inexistence ou l'Indisponibilité des moyens civils. Ce pouvoir de réquisition administrative de l'autorité civile repose sur le Code de la défense pour le maintien de l'ordre public²⁷, le Code de sécurité intérieure pour la participation exceptionnelle des armées à la dispersion d'attroupements²⁸ et le Code général des collectivités territoriales pour les atteintes au bon ordre, à la salubrité, à la tranquillité et à la sécurité publiques sur le territoire d'une ou plusieurs communes²⁹.

La liste des autorités habilitées à émettre une réquisition administrative³⁰ est définie par l'instruction ministérielle IM n°10100 récemment revue dans sa version du 14 novembre 2017.

Ainsi, le plan permanent Vigipirate, et les plans qui lui ont succédé, mettent en œuvre la lutte contre le terrorisme au niveau interministériel et donne lieu à des réquisitions des moyens militaires nécessaires.

Les réquisitions judiciaires sont quant à elles une injonction faite par les autorités judiciaires à un individu en vue de réaliser un acte spécifique et leur usage est délimité par le Code de procédure pénale. Souvent associée à une contribution de moyens spécifiques dans le cadre d'investigations (moyens du génie, etc...), la réquisition judiciaire peut impliquer de manière plus exceptionnelle pour les militaires l'emploi de la force dans le cas où un officier de police judiciaire (O.P.J) requiert la force publique. Les militaires agissent alors sur le territoire national dans le cadre d'une réquisition, pour des missions d'ordre public. Faisant dès lors partie de la force publique, ils peuvent être mis sous la responsabilité d'un OPJ.

²⁷ Articles D.1321-1 à 3.

²⁸ Articles L.211-9 et R.211-15.

²⁹ Article L.2215-1.

³⁰ Préfet de zone de défense, de département, maritimes ; les délégués du gouvernement pour l'action de l'État en mer ; les représentants de l'État dans les collectivités d'Outre-Mer ; les sous-préfets par délégation des préfets.

Sur un théâtre extérieur comme sur le territoire national, les opérations ou interventions menées par les militaires reposent sur des bases juridiques qui encadrent et réglementent l'usage de la force. La France accorde une importance toute particulière à ces fondements juridiques qui légitiment son action dans la légalité. L'affirmation de ses valeurs constitue le fruit d'une évolution initiée dès la fin de la seconde guerre mondiale.

1.2 La France enracine ses opérations dans ses valeurs :

Forte de ses valeurs et renouant avec ses ambitions messianiques historiques de démocratie et de droits de l'Homme, la France s'appuie sur le droit pour légaliser et légitimer ses actions en général et l'usage de la force en particulier. Fruit d'un encadrement juridique de l'usage de la force remontant à plusieurs décennies et à la reconnaissance des droits universels, la France met en avant le respect de ce corpus juridique comme cadre du respect de ses valeurs.

1.2.1 Evolutions du droit dans les opérations depuis la Seconde Guerre mondiale :

La volonté d'encadrer juridiquement les opérations militaires s'est amplifiée à la suite des destructions et atrocités de la deuxième guerre mondiale. Elle coïncide ainsi avec les conventions de Genève de 1949. Engagée dès 1946 dans les conflits coloniaux, la France connaît alors une application fluctuante du droit dans ses opérations, par nature contre-insurrectionnelles en Indochine puis en Algérie.

La guerre d'Algérie voit la première tentative d'encadrement juridique avec la mise en place de la loi du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence. Celle-ci ajoute un degré dans l'arsenal législatif de l'État permettant d'éviter l'état de siège, qui trouve son origine dans les lois de 1849 et 1878 et qui sera constitutionnalisé dans l'article 36 de la Constitution de 1958. Cette loi de 1955 permet aux autorités politiques de ne pas avoir à transférer les pouvoirs aux militaires comme l'implique l'état de siège, en accroissant les pouvoirs des préfets, représentants de l'État.

Toutefois, ce mouvement d'encadrement juridique n'est pas linéaire car des pouvoirs exceptionnels seront ponctuellement redonnés aux militaires comme lors de la bataille d'Alger pour laquelle le général Massu obtiendra, suite à réquisition, une liberté d'action totale de la part de Pierre Lacoste, ministre résident et gouverneur général de l'Algérie, en vertu des pouvoirs d'exception reçus du gouvernement. Court-circuitant ainsi toute la hiérarchie militaire de l'époque, le général Massu instaure la loi martiale, régime judiciaire d'exception sous lequel l'armée est chargée du rétablissement de l'ordre à la place de la police. Le succès tactique est obtenu mais constitue le point de départ de longues polémiques sur les méthodes employées, en particulier la torture dénoncée par une partie de la société civile et des militaires.

Le putsch de 1961 joue également un rôle important dans les relations entre les politiques et les militaires puisqu'il va les structurer pendant de nombreuses années. Il est possible de s'interroger sur le poids actuel de cet événement dans la mentalité collective comme en témoigne la conclusion du premier SIGEM³¹ en 2001 par le Secrétaire d'État aux anciens combattants, Jean-Pierre Masseret sous le dôme de la Sorbonne mettant en garde les jeunes officiers contre cette menace 40 ans après les faits. En apparence anodin, cet événement pourrait souligner en réalité une méfiance intrinsèque, sans doute en partie à l'origine de la forte volonté d'encadrer juridiquement l'usage de la force.

Après la guerre d'Algérie, les armées françaises entrent dans une phase marquée par la guerre froide et une organisation à deux vitesses avec d'un côté les forces dédiées à la préparation de la guerre contre les Soviétiques et de l'autre les forces dédiées aux interventions extérieures, majoritairement en Afrique. Les opérations au Liban, au Tchad ou au Zaïre³² comme Kolwezi constituent l'essentiel des actions emblématiques des armées françaises de cette période. Il faut attendre les premières missions de maintien de la paix des années 1990 pour voir apparaître un cadre d'intervention nouveau et complexe qui relance la question du cadre juridique et surtout de la liberté d'action des militaires déployés. Les opérations dans les Balkans et en particulier en Bosnie entre 1992 et 1995 ou encore au Rwanda (Opération Turquoise) constituent un traumatisme pour la communauté militaire. Ainsi, malgré une légitimité juridique internationale au travers de la résolution de l'ONU n°929 du 22 juin 1994, l'opération française déployée au Rwanda fait face à un imbroglio politique et médiatique qui va jusqu'à mettre en cause l'impartialité de son action en l'accusant parfois de complicité de génocide. Certains responsables militaires de l'époque sont ainsi aujourd'hui toujours suivis par le Mécanisme pour les Tribunaux Pénaux Internationaux qui a pris la relève du tribunal spécial international pour le Rwanda fermé en 2015.

Le tournant se situe dans le discours de Dominique de Villepin, prononcé le 14 mars 2003 devant les Nations-Unies à la veille du conflit irakien : « Dans ce temple des Nations Unies, nous sommes les gardiens d'un idéal, nous sommes les gardiens d'une conscience. La lourde responsabilité et l'immense honneur qui sont les nôtres doivent nous conduire à donner la priorité au désarmement dans la paix. Et c'est un vieux pays, la France, d'un vieux continent comme le mien, l'Europe, qui vous le dit aujourd'hui, qui a connu les guerres, l'occupation, la barbarie. Un pays qui n'oublie pas et qui sait tout ce qu'il doit aux combattants de la liberté venus d'Amérique et d'ailleurs. Et qui pourtant n'a cessé de se tenir debout face à l'Histoire et devant les hommes. **Fidèle à ses valeurs, il veut agir résolument avec tous les membres de la communauté internationale. Il**

³¹ Séminaire Interarmées des Grandes Ecoles Militaires réunissant tous les élèves officiers de première année d'école de formation initiale (ESM St Cyr, Ecole Navale, Ecole de l'Air, Polytechnique, Service de Santé des Armées...).

³² Actuelle République Démocratique du Congo.

croit en notre capacité à construire ensemble un monde meilleur. » A partir de cette prise de position contraire aux ambitions américaines, la France met un point d'honneur à se montrer respectueuse du droit dans ses engagements devenus de plus en plus nombreux.

1.2.2 Les valeurs dans les opérations actuelles :

Une politique étrangère oscille entre l'affirmation de valeurs et la préservation d'intérêts. Depuis la fin de la guerre froide, la France a pour sa part principalement fondé sa politique sur ses valeurs. Elle a ainsi ancré ses interventions dans la légalité du droit international qui réside principalement dans l'autorisation des Nations-Unies au travers d'une résolution³³ et/ou dans la demande d'aide d'un État dans le cadre d'accords d'assistance bilatéraux.

Depuis le tournant de l'intervention américaine en Irak, la France, au travers de ses dirigeants, a toujours revendiqué cet ancrage juridique. Au-delà du cadre juridique, cette revendication se retrouve dans la plupart des discours officiels prononcés à l'occasion des interventions extérieures et vise à présenter ces interventions comme des combats « justes » par leur légalité et par leur légitimité découlant des valeurs qu'elles véhiculent. Loin des intérêts des États, les valeurs et la légalité sont devenus les fondements et les justifications des opérations.

Cette référence aux valeurs associées à la juste cause de l'intervention française se retrouve tant dans des discours politiques que des hommages militaires³⁴. Ainsi lors de son discours à l'occasion des obsèques des soldats morts dans l'embuscade d'Uzbeen dans la cour des Invalides le 21 août 2008, le Président Sarkozy souligne le sacrifice des soldats qui « ont donné leur vie loin de leur pays pour faire leur devoir, pour la liberté des Droits de l'Homme, pour des valeurs universelles qui sont au cœur de notre engagement ». L'engagement militaire y est associé, sinon justifié, par l'export de ces valeurs fortes pour la France, mais également par la légitimation de l'engagement : « nous sommes en Afghanistan, la France, depuis 2001. Nous y sommes dans le cadre d'un mandat de la communauté internationale [...] la France n'est pas non plus un pays comme les autres. Elle est membre permanent du Conseil de Sécurité. Elle a en charge, avec les autres pays du monde, je veux dire les grands pays, la responsabilité de la paix dans le monde ».

³³ La résolution est un acte juridique des Nations-Unies qui constitue l'expression formelle de l'opinion ou de la volonté des organes qui les adoptent. Elle se compose généralement de deux parties distinctes : le préambule et le dispositif. Le préambule expose les considérations sur la base desquelles une décision est prise, une opinion est exprimée ou des directives sont données. Le dispositif énonce quant à lui l'opinion ou la décision de l'organe dont émane la résolution.

³⁴ « Vous n'êtes pas morts pour rien. Car vous vous êtes sacrifiés pour une grande cause. Vous avez défendu les plus belles valeurs de notre pays. Vous avez combattu dans une guerre juste engagée contre une tyrannie qui emprisonnait tout un peuple, qui opprimait les femmes, qui maintenait les enfants dans l'ignorance et qui avait transformé tout un pays en base arrière du terrorisme et de l'obscurantisme. » Déclaration de M. Nicolas Sarkozy, Président de la République, en hommage aux soldats français morts en Afghanistan, à Paris le 19 juillet 2011

Il peut ressortir parfois une certaine ambiguïté voire un accommodement avec le fondement juridique affiché. Ainsi, l'intervention en Libye s'effectue sur la base d'une résolution³⁵, et le discours politique se pare une nouvelle fois de la défense de « valeurs » pour légitimer son action, à l'image du discours prononcé par le président Sarkozy le 19 mars 2011 lors du sommet de Paris de soutien pour le peuple libyen. Le soutien au peuple libyen y est qualifié de « devoir » dont le fondement légal de l'intervention est rappelé : « Aujourd'hui nous intervenons en Libye, sur mandat du Conseil de Sécurité de l'ONU [...] nous le faisons pour protéger la population [...] d'un régime [...] qui a perdu toute légitimité », et sur des valeurs universelles portées par la France : « si nous intervenons aux côtés des pays arabes, ce n'est pas au nom d'une finalité que nous chercherions à imposer au peuple libyen mais au nom de la conscience universelle qui ne peut tolérer de tels crimes ». Néanmoins, l'usage qui sera fait de cette autorisation juridique et de l'affichage de ces valeurs universelles diffère des intentions initiales. Alors que la résolution visait à protéger le peuple libyen et exhortait le gouvernement libyen à mettre fin à ses exactions par des mesures d'embargo sur les armes, la France a participé et mené, avec ses alliés, des actions militaires au-delà des objectifs initialement assignés. La situation chaotique actuelle résulte sans doute en partie de cet usage de la force, légalement fondé mais politiquement non orienté.

L'opération Serval³⁶ a également été fondée sur des bases juridiques avec une demande d'assistance de la part du président malien conformément à des accords bilatéraux entre les deux pays, mais également avec l'approbation d'une résolution des Nations-Unies³⁷. Le discours politique et militaire s'ancre une fois encore dans une légitimité fondée sur le juridique renforcée d'une volonté messianique. Ainsi, dès le lendemain du déclenchement de l'opération sur ordre du Président de la République³⁸ comme le permet l'article 35 de la Constitution, ce dernier justifie l'intervention en invoquant la légalité et donc la légitimité de l'usage de la force grâce au droit international via l'ONU: « nous intervenons dans le cadre de la légalité internationale » et de l'appel d'un pays tiers : « j'ai, donc, au nom de la France, répondu à la demande d'aide du président du Mali appuyée par les pays africains de l'Ouest »³⁹. Dans la continuité de cet ancrage dans des valeurs défendues par la France et de leur fondement dans le droit, on assiste à l'affichage de ces valeurs par les militaires eux-mêmes. En plus des moyens de diffusion habituelles des valeurs du soldat qui seront abordés ultérieurement, la devise actuellement adoptée par la force Barkhane:

³⁵ Résolution 1970 du 26 février 2011.

³⁶ Janvier 2013 à juillet 2014, remplacée par l'opération Barkhane, à vocation régionale, de lutte contre le terrorisme.

³⁷ Résolution 2085 du 15 décembre 2012.

³⁸ Déclaration de M. François Hollande, Président de la République, sur l'intervention militaire au Mali, à Paris le 11 janvier 2013.

³⁹ *Idem*.

« Combattre là-bas pour nos valeurs, vaincre ici par nos valeurs » reflète cette justification de l'usage de la force par les valeurs universelles dont la France est porteuse.

Dans un monde qui voit émerger de nouveau des États puissance soucieux de leurs intérêts propres, on note aujourd'hui une inflexion du discours politique français et une nouvelle orientation de la politique étrangère. Le président Emmanuel Macron ne semble plus hésiter à mettre en avant des intérêts nationaux et non plus uniquement l'invocation de valeurs à exporter comme en témoigne son premier discours aux ambassadeurs : « Si la sécurité s'impose comme une priorité c'est parce qu'elle est le socle du deuxième axe que j'assigne à notre diplomatie, celui de l'indépendance. Par ce terme je n'entends nullement un splendide isolement, je tire simplement les leçons de ce monde multipolaire et instable, où nous devons, chaque jour, manœuvrer par nous-mêmes **selon nos intérêts** »⁴⁰.

La France, puissance démocratique porteuse des droits de l'Homme, a ainsi ancré profondément l'usage de la force dans un droit ayant acquis une dimension transcendante suite à la diminution du fait religieux en Occident. Tout usage de la force, sur le territoire national comme en opération extérieure, est légitimé et encadré par le droit national et international. Cette volonté forte de fonder l'usage de la force sur le droit est le résultat d'un processus historique qui s'est accéléré au lendemain de la Seconde Guerre mondiale et a également été portée par la mise en avant d'une politique étrangère fondée sur les valeurs qui ont fait l'identité de la France. Se voulant exemplaire, la France s'est montrée particulièrement respectueuse du droit. Le corollaire de cette exemplarité voulue fut une forte pression juridique qui a conduit à un encadrement juridique du militaire perçu comme un facteur d'inhibition malgré les protections existantes.

⁴⁰ Discours du Président de la République à l'ouverture de la conférence des Ambassadeurs, Palais de l'Élysée, 29 août 2017.

1. Le militaire encadré et protégé:

L'ancrage juridique de l'usage de la force par la France lui permet donc de bénéficier d'une légitimité aux yeux de la communauté internationale. Porteuse de principes qu'elle considère comme universels, la France s'est imposé une exemplarité qui s'est naturellement retrouvée dans l'application du droit sur ses théâtres d'opérations et à plus forte raison sur le sol national, à l'image de celle exigée des forces de sécurité intérieure dans un État de droit. Conjugée aux phénomènes de médiatisation des interventions, de complexité de l'environnement d'intervention des forces françaises et de professionnalisation des armées - qui a banalisé le métier de militaire -, cette exigence d'exemplarité a pu conduire à une certaine dérive ressentie au-travers du phénomène de la judiciarisation. Il convient ici de s'interroger sur la réalité de ce phénomène, en constatant que si l'action du militaire est certes, naturellement, encadrée par le droit, la judiciarisation reste un phénomène marginal compensé par des protections propres au militaire.

2.1 Le cadre juridique des opérations:

Constater que le droit encadre l'action du militaire conduit à s'intéresser au cadre juridique de l'usage de la force, en opérations extérieures comme sur le territoire national.

2.1.1 Application du droit en opérations extérieures:

Alors que le cadre juridique d'une opération est garanti par le droit international présenté précédemment, le militaire, en tant qu'individu mais également en tant qu'institution, est soumis au droit dans toutes les actions qu'il entreprend. Ces actions sont régies par le droit commun qui reste pleinement applicable dans les relations avec l'environnement quotidien lorsque le militaire est déployé sur un théâtre extérieur. Les relations avec l'environnement civil, militaire ou international dans le cadre de l'accomplissement de sa mission sont également régies par le droit. Enfin, et surtout, l'activité opérationnelle du militaire, c'est-à-dire l'usage de la force pouvant aller, selon le contexte, jusqu'à l'action de combat est soumise au droit, en particulier le droit pénal.

2.1.1.1 Le militaire en opération extérieur et le droit pénal :

Lorsque le militaire est déployé en opération, il reste soumis au droit national, l'extraterritorialité n'interdisant pas l'application de la loi pénale française⁴¹. Il peut donc être jugé par une juridiction pénale française s'il commet des faits de nature délictuelle voire criminelle et si le principe de réciprocité énoncé dans le code pénal est effectif. La possibilité que le militaire français soit poursuivi par une juridiction locale existe bel et bien mais le cadre juridique de l'opération prévoit dans la plupart des cas des protections qui seront développées plus loin. De même, en cas de fait juridique né avec l'environnement local du lieu de déploiement, le militaire français est peu susceptible de bénéficier d'une immunité.

L'application du droit pénal est ainsi effectuée par des juridictions qui se situent à plusieurs niveaux.

Au niveau national tout d'abord, le militaire en opération peut être amené à comparaître devant les tribunaux nationaux conformément aux dispositions du code pénal mentionné précédemment. Suite à la disparition du Tribunal Aux Armées de Paris (TAAP) en 2012, les compétences ont principalement été reprises par le Tribunal de Grande Instance de Paris qui dispose ainsi, au sein d'une chambre spécialisée, d'une compétence spécifique forte en matière de traitement des affaires militaires.

Les tribunaux locaux du pays dans lequel le militaire est déployé peuvent également intervenir sauf si un accord particulier de statut des forces (SOFA) existe et prévoit des immunités de juridictions. Ces accords, bénéficiant le plus souvent au militaire en accordant la compétence aux juridictions françaises, seront abordés *supra*.

Enfin, les militaires français peuvent être traduits devant des tribunaux internationaux comme les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* ou permanents évoqués précédemment.

En particulier, la Cour pénale internationale peut constituer l'ultime juridiction devant laquelle un militaire français pourrait avoir à répondre en cas de violations graves du droit international humanitaire et des droits de l'Homme. Toutefois, la probabilité de voir un militaire français devant cette juridiction est faible car en vertu du principe de complémentarité, la Cour n'exercerait cette compétence que dans le cas où la France ne souhaiterait, ou ne pourrait pas, poursuivre l'auteur présumé. Cette situation n'interviendrait que dans le cas où les crimes poursuivis par la CPI ne sont pas incorporés en droit interne.

Il convient de souligner que les juridictions européennes sont également compétentes. La CEDH veille ainsi à l'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Si cette

⁴¹ Art.113-6 du code pénal : « La loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République. Elle est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis ».

dernière ne vise pas individuellement les militaires mais les États, sa compétence n'est pas circonscrite aux États parties et leur territoire. Cette juridiction en ayant une interprétation extensive de l'application extraterritoriale de la Convention, a notamment condamné le Royaume-Uni en 2010 pour violation des dispositions relatives à l'interdiction de la torture ainsi que des traitements cruels, inhumains et dégradants suite aux conditions de détention des prisonniers irakiens confiés à la garde de l'armée britannique en Irak⁴². En 2011, le Royaume-Uni a également été condamné par la CEDH pour le décès d'un civil irakien lors d'opérations militaires⁴³.

2.1.1.2 Le droit sur le territoire national :

Le déploiement de l'opération Sentinelle suite aux attentats de 2015 a remis sur le devant de la scène la mission de protection du territoire. Les Français comme les militaires ont réappris à voir des soldats en armes patrouiller dans les rues afin de lutter contre la menace terroriste. Cette opération a permis également de rappeler l'encadrement juridique de ce déploiement, qui, s'il concerne l'ensemble des armées, a principalement impliqué l'armée de Terre. Ainsi, ce déploiement est encadré par des dispositions tant législatives que réglementaires évoquées précédemment.

Sur le territoire national, le militaire dispose des mêmes droits que les autres citoyens. Il doit appliquer les règles relatives à la légitime défense et respecter le principe de nécessité. Dans ces circonstances particulières, une exemption pénale – la légitime défense - existe et entraîne l'absence de condamnation pour des actes normalement punis par la loi. Restant exceptionnelle, elle n'est reconnue que si toutes les conditions suivantes sont réunies⁴⁴ :

- la personne a agi face à une attaque à son encontre ou à l'encontre d'un proche ;
- l'attaque a entraîné une menace réelle et immédiate;
- l'attaque doit également être injustifiée;
- l'acte de défense était nécessaire. Les violences commises devaient être le seul moyen de se protéger ;
- les moyens de défense employés étaient proportionnés ;
- la riposte est simultanée, c'est-à-dire qu'elle intervient au moment de l'agression et non après.

Cependant, certains actes sont présumés relever de la légitime défense, même s'ils ne remplissent pas toutes ces conditions :

- repousser, de nuit, l'entrée d'une personne dans son domicile par effraction, violence ou ruse ;
- Se défendre contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence.

Pour ces derniers actes, la riposte doit tout de même être proportionnelle à l'infraction commise.

⁴²Cour EDH, 2010, Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume Uni (requête no 61498/08).

⁴³ Cour EDH, G.C. Sect. 7 juillet 2011, Al-Jedda c. Royaume-Uni, Req. n° 27021/08.

⁴⁴ Art.122-5 et 122-6 du code pénal.

Dans tous les cas, c'est le juge qui, au regard des éléments factuels, reste libre de déterminer si un acte relève ou non de la légitime défense.

Le cadre juridique est ici particulièrement restreint et les marges de manœuvre du militaire sont très encadrées. Agissant en appui des forces de sécurité intérieure, les militaires de l'opération Sentinelle bénéficient de la qualité d'agent dépositaire de l'autorité publique, statut juridique protecteur en cas d'actes de malveillance entraînant, dans le code pénal, une circonstance aggravante.

Toutefois, ce cadre juridique qui peut paraître très contraignant n'a pas empêché des interventions de Sentinelle à plusieurs reprises :

- Le 1er janvier 2016, à Valence, quand un véhicule fonce à trois reprises sur des militaires en mission devant la mosquée de la ville. Après avoir fait les sommations d'usage, les militaires ouvrent le feu et maîtrisent le terroriste.
- Le 3 février 2017 au Carrousel du Louvre à Paris, une patrouille est agressée à la machette par un terroriste présumé qui est blessé grièvement par un des militaires.
- Le 18 mars 2017, dans le Hall 1 de l'aéroport d'Orly-Sud, un homme est abattu par une patrouille après avoir tenté de s'emparer de l'arme de l'un d'entre eux.

2.1.2 La judiciarisation : quelle réalité ?

Dans le sillage du reste de la société, l'accélération du phénomène de judiciarisation est apparue comme une contrainte pour le militaire et a été perçue comme une limitation de la liberté d'action. Toutefois il s'agit de relativiser ce phénomène, certes bien réel mais souvent surestimé par l'institution militaire. Ce phénomène, défini comme un recours accru aux solutions juridiques pour le règlement des litiges ou plus spécifiquement de l'intrusion du droit dans l'usage de la force, n'est tout d'abord pas récent et n'affecte que peu l'usage de la force par les militaires.

Il s'agit en effet d'un phénomène ancien dont le commencement est difficile à dater même si l'affaire de la colonne Voulet-Chanoine peut constituer une première ébauche de la prise de conscience de la nécessité d'encadrer les dérives de l'usage de la force. Partis du Niger en 1899, les capitaines Voulet et Chanoine (fils du ministre de la Guerre) avaient pour mission de rejoindre le Tchad afin d'achever la conquête de l'Afrique suite à l'affaire de Fachoda avec les Anglais en 1898. L'expédition se transforme rapidement en massacre et le gouvernement, averti, ordonne l'arrestation des deux officiers. Le colonel Klobb, chargé par l'Etat-Major de mettre fin aux exactions et d'arrêter les coupables, est abattu par les deux officiers qui sont finalement eux-mêmes assassinés par leur troupe en mai 1899. Cet exemple historique illustre l'une des premières

tentatives de sanctionner les actions militaires sortant du cadre de l'usage de la force, même s'il demeure controversé car les adjoints complices échapperont au Conseil de Guerre et les exactions, mises sur le compte de la démente des principaux concernés⁴⁵, seront ignorées suite à la conquête du Tchad consécutive à cette expédition.

N'acceptant plus la fatalité et cherchant un responsable qui puisse endosser le rôle de coupable ouvrant lieu à des réparations, souvent financières, la société actuelle recourt de plus en plus au juge pour régler ses litiges. Comme le soulignait le philosophe Paul Ricoeur, « la fatalité c'est personne, la responsabilité c'est quelqu'un »⁴⁶. Le monde de la médecine fut ainsi le premier domaine à subir cette judiciarisation d'une société « désenchantée »⁴⁷ dans laquelle le droit, ayant suppléé la transcendance, devient le recours ultime.

La judiciarisation des opérations militaires, trouve son origine dans la conjonction de plusieurs phénomènes : la responsabilité du militaire à répondre de ses actes devant les juridictions pénales évoquées précédemment, l'action judiciaire des familles - voire du militaire lui-même - et enfin une médiatisation croissante des faits juridiques impliquant des militaires.

La responsabilité qui incombe au militaire de répondre de ses actes devant les juridictions pénales nationales ou internationales a déjà été évoquée.

La judiciarisation trouve souvent son origine chez le militaire lui-même, ou de sa famille, à la recherche d'explications pour tenter de comprendre et d'accepter l'inacceptable suite à la perte d'un proche ou une blessure. Les procédures engagées par les familles des soldats morts à Uzbeen en 2008 sont emblématiques du développement de ce phénomène. Ces procédures passent par la constitution de « parties civiles⁴⁸ » qui permettent à des tiers ayant personnellement subi un préjudice directement causé par l'infraction jugée de devenir partie à une procédure pénale afin d'obtenir réparation du dommage subi. Elle permet également, si la victime souhaite la désignation d'un juge d'instruction, de porter directement plainte afin d'initier la procédure judiciaire.

Enfin, la médiatisation des opérations militaires participe également à l'accroissement de la judiciarisation. Ce dernier aspect est principalement lié aux faits de droit commun mais prend une résonance toute particulière dans le contexte d'un engagement opérationnel comme l'a récemment montré l'affaire des agressions sexuelles supposées contre des mineurs en Centrafrique qui s'est finalement soldée par un non-lieu en janvier 2018. Au-delà des possibles tentatives de déstabilisation de la force Sangaris et à travers elle de la présence de la France dans cette région du monde qui pourrait expliquer l'origine des révélations initiales, il faut souligner le lien qui est

⁴⁵ Phénomène appelé à l'époque « Soudanite ».

⁴⁶ Ricoeur P., « Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique » (1994), *Le Juste* 1, Paris, Esprit, 2001 (1995), p. 60.

⁴⁷ Max Weber, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, 1904, Plon/Pocket, Paris, p.117, 134, 177 et 179.

⁴⁸ Code de procédure pénale : articles 418 à 426.

souvent fait par les médias entre la qualité de militaire⁴⁹, envers lequel la société a une certaine exigence d'exemplarité, et la gravité des comportements. Lien qui explique l'ampleur de la médiatisation.

L'usage de la force, en plus d'être justifié et légitimé par le droit, est donc également encadré par le droit, tant en opérations extérieures que sur le territoire national. Face à cet encadrement, souvent perçu comme une contrainte voire comme une menace comme c'est le cas pour la judiciarisation, le militaire n'a donc pas carte blanche pour réaliser ses missions et doit répondre de ses actes. Afin d'intégrer la spécificité du statut militaire, des protections ont été mises en place.

2.2 Le militaire protégé:

Encadré par le droit, le militaire n'en est pas moins protégé par des mécanismes et des procédures qui reflètent toute la spécificité de son métier. Ainsi, dans le cadre de la procédure pénale, le militaire bénéficie d'une protection implicite sous forme d'un avis du ministre sur l'opportunité des poursuites à son encontre. De plus, sous certaines conditions, il peut bénéficier d'une protection juridique dite fonctionnelle, prise en charge par le ministère des Armées, afin de lui délivrer dans des délais très courts un conseil juridique adapté. Enfin, l'institution militaire se protège également en s'assurant du respect des ordres et des consignes données par l'application de la discipline et de sanctions.

2.2.1 L'avis consultatif du ministre dans la procédure pénale :

Etape particulière de la procédure judiciaire, l'obtention d'un avis du ministre des Armées par le procureur est obligatoire, sous peine de nullité de l'intégralité de la procédure, comme le prévoit l'article L.698-1 du code de procédure pénale⁵⁰. Cette étape, dont la question du maintien a été posée lors de la réforme de la justice militaire de 2011 ayant entraîné la disparition du tribunal aux armées, intervient uniquement dans le cas où la procédure en cours n'a pas été initiée sur dénonciation du ministre ou des autorités militaires qu'il a habilitées. Cet avis, s'il peut être délivré

⁴⁹ Cas de l'affaire impliquant M. Lelandais dont la qualité d'ancien militaire est en permanence évoquée alors qu'il n'a effectué que 3 années de service avant d'être renvoyé de l'institution.

⁵⁰ Article 698-1 (Modifié par LOI n°2011-1862 du 13 décembre 2011 - art. 34) : « Sans préjudice de l'application de l'article 36, l'action publique est mise en mouvement par le procureur de la République territorialement compétent, qui apprécie la suite à donner aux faits portés à sa connaissance, notamment par la dénonciation du ministre chargé de la défense ou de l'autorité militaire habilitée par lui. A défaut de cette dénonciation, le procureur de la République doit demander préalablement à tout acte de poursuite, y compris en cas de réquisitoire contre personne non dénommée, de réquisitoire supplétif ou de réquisitions faisant suite à une plainte avec constitution de partie civile, sauf en cas de crime ou de délit flagrant, l'avis du ministre chargé de la défense ou de l'autorité militaire habilitée par lui. Hormis le cas d'urgence, cet avis est donné dans le délai d'un mois. L'avis est demandé par tout moyen dont il est fait mention au dossier de la procédure. La dénonciation ou l'avis figure au dossier de la procédure, à peine de nullité, sauf si cet avis n'a pas été formulé dans le délai précité ou en cas d'urgence. L'autorité militaire visée au premier alinéa du présent article est habilitée par arrêté du ministre chargé de la défense. »

par les autorités militaires habilitées énoncées par arrêté ministériel⁵¹, est principalement rédigé par le bureau des avis et des relations judiciaires de la Direction des Affaires Juridiques (DAJ) du Ministère des armées. Par ailleurs, le ministre des Armées se réserve le pouvoir d'avis, et de dénonciation, pour plusieurs cas particuliers tels que :

- les accidents ayant entraîné le décès ou des blessures ayant entraîné une incapacité totale de travail prévisible supérieure à 6 mois ;
- les faits mettant en cause un officier ;
- les faits commis dans le service du maintien de l'ordre ;
- les faits imputés aux justiciables militaires de l'armement, du service de santé des armées, du service des essences des armées et du service de la justice militaire.

Les modalités pratiques imposent que l'avis soit donné dans un délai d'un mois.

Il s'agit donc d'une protection pour le militaire, en particulier pour le militaire en opération, qui a l'opportunité de se voir soutenu par l'autorité ministérielle. Dans la plupart des cas, et alors que seulement 25% environ des affaires traitées par la DAJ concernent des infractions militaires, l'avis du ministre permet de démontrer au parquet que les sanctions militaires déjà prises sont suffisantes. En matière de procédures liées à des opérations, le positionnement du ministre peut être primordial pour la réquisition du procureur. Le ministre des armées détient donc la possibilité de défendre en amont un militaire, possibilité qu'il est le seul ministre à posséder et qui souligne la spécificité du statut juridique du militaire. Cette possibilité met en avant également toute l'importance de la procédure disciplinaire.

2.2.2 La protection fonctionnelle :

La protection des militaires est assurée par deux dispositifs que sont les SOFA⁵², évoqués précédemment, et la protection juridique fonctionnelle.

Elaboré par la DAJ, en lien avec l'Etat-Major des Armées et le Ministère des Affaires étrangères qui négocie avec les autorités de l'État sur lequel se déroulera l'opération, le SOFA est un accord, c'est-à-dire un engagement juridique contraignant de droit international, qui constitue la première protection juridique du militaire en opérations. En prévoyant la mise en place de privilèges de juridiction, il permet principalement d'éviter une comparution devant les juridictions locales du pays dans lequel le militaire intervient dans le cadre de forces pré-positionnées ou d'une opération extérieure. Même si les SOFA ne sont pas automatiques, leur usage est fréquent et quasiment généralisé. Ils visent tout autant à faciliter les démarches sur ce territoire (entrée et sortie du

⁵¹ Arrêté du 14 février 2001 relatif à la désignation des autorités militaires habilitées à dénoncer les infractions ou à donner un avis préalable en matière de poursuites pénales. Modifié par arrêté du 17 février 2017.

⁵² *Status Of Force Agreement*.

territoire, exonération de taxes ou de droits de douane) qu'à prévoir des dispositions relatives au règlement des dommages. Le SOFA se caractérise par des dispositions en matière juridictionnelle offrant plusieurs niveaux de protection au militaire. Généralement, les infractions commises par un militaire français dans le cadre du service relèvent ainsi prioritairement des juridictions françaises. On parle alors de priorité de juridiction dans la mesure où, d'après le droit international, les deux États étant compétents pour une même infraction, la priorité est accordée à la juridiction du pays auquel appartient le militaire. Un SOFA peut également entraîner une immunité totale de juridiction sur le territoire d'accueil, protection maximale toujours recherchée dans le cadre d'une opération extérieure. Cette protection maximale a par exemple été obtenue pour les opérations conduites au Kosovo, en Afghanistan ou encore dans le cadre de l'opération Atalanta. A ce jour, près de 90 accords sont en vigueur et une quinzaine sont en cours de négociation.

Sans accorder une immunité totale au militaire, le SOFA constitue donc une protection juridique au militaire en lui assurant la meilleure protection possible face à des systèmes juridiques d'États ne pouvant pas toujours assurer les mêmes garanties que le système judiciaire national, soit en raison de divergences juridiques fondamentales en matière de peine applicables, soit en raison de la faillite matérielle de l'État d'accueil suite aux événements ayant conduit à l'intervention de forces extérieures.

La protection fonctionnelle traduit quant à elle la volonté générale de l'État de défendre ses agents lorsqu'ils sont agressés dans le cadre de leur fonction et de réparer le tort qui a pu leur être causé⁵³. Elle a également pour objectif de leur permettre d'organiser leur défense quand ils sont mis en cause pénalement. Pour les militaires, la protection fonctionnelle est régie par les dispositions de l'article L.4123-10 du Code de la défense. Si la protection fonctionnelle n'est que peu employée dans le cadre spécifique des OPEX car les poursuites sont pour la plupart classées sans suite, elle a connu un regain d'utilisation dans le cadre de l'opération Sentinelle.

Attribuée, ou non, au terme d'un processus normé par la DAJ ou les Services Locaux du Contentieux (SLC), la protection juridique ne peut être accordée à un militaire que sous trois conditions : événement en lien avec le service, absence de faute personnelle, et aucune poursuite ne doit avoir été engagée contre le militaire. Sa réalisation peut prendre plusieurs formes : réparation directe du préjudice causé ou subi, délivrance de conseils juridiques ou paiement direct des frais et honoraires d'un avocat.

Néanmoins, face à la multiplication des menaces et des actes de malveillance à l'encontre des militaires de Sentinelle, une sensibilisation est aujourd'hui faite dès les périodes de préparation

⁵³ Article L4123-10 du code de la Défense, anciennement Article 15 de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires.

spécifique⁵⁴ et une procédure de protection fonctionnelle d'urgence (PFU) a été mise en place afin d'être en phase avec les délais des comparutions immédiates. Ainsi, la DAJ entretient un réseau d'avocats auxquels elle fait appel en cas de déclenchement de la protection fonctionnelle au profit d'un militaire.

2.2.3 La discipline :

La discipline militaire assure la cohérence de l'organisation des armées et, selon l'expression consacrée constitue « la force première des armées ». Elle joue ainsi un rôle prépondérant pour le respect du droit et permet à l'institution militaire de se préserver d'actes illégaux isolés dont la portée peut entacher l'action toute entière comme l'illustre la notion de « caporal stratégique ». L'interaction entre sanction disciplinaire et sanction pénale peut également préserver le militaire.

L'action disciplinaire comporte trois finalités principales. Educative tout d'abord afin d'inciter le militaire à mieux exercer ses responsabilités dans l'exercice de sa mission. Une finalité de commandement ensuite, visant à respecter les règles liées à l'état militaire, et enfin une finalité dissuasive en tant que rappel à l'ordre adressé au militaire concerné mais aussi signe adressé à ses pairs. La discipline militaire définie par le statut général des militaires⁵⁵, constitue une protection pour le militaire, institution ou individu. Ainsi, l'institution militaire s'assure de l'obéissance au supérieur hiérarchique et de l'accomplissement de la mission dans la légalité. La formule consacrée prononcée à chaque prise de commandement en est une illustration simple et claire: « Officiers, sous-officiers, quartiers-mâîtres et marins, de par le Président de la République, vous reconnaissez désormais pour chef (...) ici-présent, et vous lui obéirez en tout ce qu'il vous commandera pour le bien du service, l'exécution des règlements militaires, l'observation des lois et le succès des armes de la France ». Par la discipline et le respect des ordres donnés, l'institution militaire s'assure de l'accomplissement de la mission dans un cadre hiérarchisé et organisé pour faire face à toutes les situations, tant en opérations de combat que lors de la vie au sein de l'unité. Ainsi, tout refus d'exécuter un ordre constitue une faute disciplinaire, voire une infraction pénale. La discipline préserve ainsi l'institution d'actions illégales dont les conséquences pourraient gravement nuire à la légitimité de l'action évoquée précédemment. Comme le rappelait le CEMAT dans sa tribune du 1er mars 2018 dans le journal Le Figaro: « L'expérience nous enseigne qu'il n'y a pas de victoire pour celui qui a perdu son âme ». Le général Bosser évoque ici la dimension éthique et morale du combat en général et de l'engagement dans les opérations actuelles fortement ancrée dans le respect

⁵⁴ Mise en Condition Finale (MCF).

⁵⁵ Articles 4137-1 à 5 du Code de la Défense, anciennement Articles 40 à 44 de la LOI n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires.

du droit. La dimension éthique du militaire en général et du chef en particulier pose également la question de la place du droit dans la formation.

Le risque de l'ordre illégal est contré par l'interdiction d'ordonner ou de faire accomplir des actes qui seraient contraires aux lois et coutumes de la guerre ainsi qu'aux conventions internationales. Cette capacité à contester peut être certes délicate à mettre en œuvre, en particulier en conditions opérationnelles, mais elle se trouve renforcée par une seconde contrainte inhérente à la première. La responsabilité propre des subordonnés ne dégage pas leurs supérieurs de leurs propres responsabilités. Ceux-ci doivent ainsi également assumer les conséquences de leurs décisions ou des agissements directement issus des ordres donnés.

Les sanctions disciplinaires sont établies au terme d'une procédure, dite disciplinaire, indépendante de la procédure judiciaire. Il y a autonomie entre les deux procédures mais une interaction demeure, souvent au bénéfice du militaire. La sanction disciplinaire est à l'initiative du commandement, sous contrôle du juge administratif depuis l'arrêt de principe du Conseil d'État *CE, 1995, Hardouin et Marie* qui a restreint l'étendue des mesures d'ordre intérieur que constituent les sanctions disciplinaires de l'institution militaire. Initialement centrée sur les mesures allant à l'encontre de la liberté d'aller et venir du militaire, cette contestation devant le juge administratif s'est progressivement étendue à la quasi-totalité des sanctions disciplinaires⁵⁶. Ainsi, la sanction de jours d'arrêt⁵⁷ a progressivement perdu de sa valeur en devenant une sanction symbolique plus qu'effective⁵⁸. Même si la notion de sanction évolue, elle peut demeurer une protection pour le militaire. Ainsi, une sanction disciplinaire peut servir au juge pénal d'élément d'appréciation, modérateur le plus souvent mais parfois aggravant si ce dernier considère qu'elle n'a pas été à la hauteur de la faute commise. La sanction disciplinaire est ainsi prise en compte lors de la rédaction de l'avis consultatif du ministre, évoqué précédemment, et transmis au procureur de la République. En sanctionnant le militaire fautif au juste niveau, la hiérarchie militaire peut être amenée à le préserver ou au moins atténuer les éventuelles sanctions pénales. En ce sens, le militaire se trouve protégé par les sanctions disciplinaires internes qu'il convient donc d'appliquer à bon escient afin d'en assurer la pérennité alors que sa contestation est grandissante. Toutefois, la sanction disciplinaire est prise sans attendre la fin de la procédure judiciaire et conduit dans certains cas à sanctionner alors que la procédure judiciaire peut conclure à un non-lieu. Les possibilités de « réhabilitations » existent mais ne combrent jamais totalement les conséquences négatives sur la carrière de l'intéressé.

⁵⁶Décision *M...* du 12 juillet 1995 (n°130053, p. 304), d'une requête dirigée contre un blâme infligé à un sous-officier.

⁵⁷ Sanction de première catégorie cf. Art. 4137-2 du Code de la Défense

⁵⁸Décret n° 2017-1687 du 13 décembre 2017 portant abrogation de l'article R. 4137-29 du code de la défense qui supprime la période d'isolement.

Entraîné par l'accélération du recours au juridique d'une société ayant conféré au droit une dimension transcendante, le militaire a pu s'estimer davantage contraint par le droit suite au phénomène de judiciarisation des opérations qui a connu son paroxysme lors des opérations d'Afghanistan et les procédures judiciaires qui ont suivi l'embuscade d'Uzbeen de 2008. Face au risque d'inhibition de l'outil militaire français, pourtant parmi les plus exemplaires, le législateur, sous l'impulsion du politique, est intervenu afin de préserver la liberté d'action du militaire.

2. La liberté d'action préservée:

A l'image de l'article XVI⁵⁹ de la Constitution de la Vème République, le Droit peu devenir dérogatoire dans des situations exceptionnelles. Face au risque de l'intervention croissante du juge pénal dans l'appréciation des actions militaires et sur les demandes répétées des autorités militaires, le pouvoir politique a été contraint de réagir afin de préserver l'efficacité de son outil militaire. Les opérations conduites à l'étranger ont été les premières à bénéficier d'aménagements juridiques protégeant davantage le militaire déployé, sans lui conférer pour autant une immunité irraisonnée. Le déploiement de l'opération Sentinelle a par la suite entraîné de nombreuses réflexions sur l'emploi des forces armées sur le territoire national et a conduit également à une révision globale de la légitime défense dont les militaires ont tout particulièrement bénéficié. Il apparaît qu'un juste équilibre, qu'il convient de maintenir, est aujourd'hui atteint. Il s'agirait toutefois d'améliorer la formation juridique des cadres afin de décomplexer la relation entre les militaires et les acteurs du Droit.

3.1 Vers une liberté responsable du militaire:

Face à la menace de la judiciarisation pesant sur l'usage de la force dans les opérations extérieures suite à la décision de la Cour de cassation dans l'affaire dite d'Uzbeen⁶⁰, la Loi de Programmation Militaire (LPM) 2014-2019 a modifié le Code de la défense et le Code de procédure pénale afin de conférer aux militaires une liberté d'action raisonnée. Plus récemment, la légitime défense et les circonstances d'utilisation des armes ont évolué afin de répondre aux attentes des forces de sécurité intérieure ; ces modifications n'ont pas été sans conséquence pour les militaires engagés dans l'opération Sentinelle.

3.1.1 Evolutions du droit en opérations:

Les contraintes engendrées par l'incursion du droit dans les opérations militaires ont suscité des réactions de la part des autorités politiques et des chefs militaires. Il s'agissait pour les premiers de mettre fin à une entrave de l'outil militaire dans des opérations complexes. Peu de temps après sa prise de fonction, le Président François Hollande prenait nettement position contre une « judiciarisation inutile »⁶¹. Cette prise de position officielle du Président de la République coïncide

⁵⁹ Pleins pouvoirs accordés au président de la République en cas de menace sur les institutions.

⁶⁰ Cour de cassation, pourvoi n°12-81197 du 10 mai 2012.

⁶¹ « Nos militaires, qui assurent la protection de la Nation, méritent en retour que la Nation les protège, notamment d'une judiciarisation inutile de leur action » Message aux armées, 19 mai 2012.

avec les discours des autorités militaires qui relayaient depuis plusieurs années les craintes de toute la communauté des opérations. Dès les prémices des procédures faisant suite à Uzbeen, l'amiral Guillaud, chef d'État-Major des Armées, mettait en garde contre le risque d'inhibition en opération : « quand elle (la judiciarisation) est excessive ou mal comprise, elle met en péril notre efficacité opérationnelle. L'esprit de décision des chefs militaires ne doit pas être inhibé par la prise de risque inhérente au métier des armes. Un soldat qui meurt au combat n'est pas une victime : c'est d'abord un homme ou une femme qui va au bout de son engagement »⁶². Au-delà du discours du CEMA, la prise de position des autorités militaires contre la judiciarisation a irrigué le discours officiel comme l'illustrent les propos du général Christian Baptiste, alors numéro deux de la DICOD⁶³ sur la plateau du journaliste Thierry Guerrier : « Il n'y a jamais eu d'immunité judiciaire pour le soldat au combat, mais (...) se pose la question de savoir si le fait de soumettre à l'appréciation d'un juge les techniques et l'art militaire n'induit pas un risque très fort d'inhiber et de désincarner nos forces. Un risque de paralyser nos jeunes chefs au combat, ce qui rendrait le combat encore plus difficile. »⁶⁴

Dans ce contexte, et par la volonté du pouvoir politique, la loi de programmation militaire 2014-2019⁶⁵ a constitué un tournant dans les relations entre le droit et l'usage de la force armée en opération extérieure en modifiant, dans son chapitre VI, la procédure et les incriminations de la responsabilité pénale des militaires en mission à l'étranger. Fruit d'un travail législatif entre les ministères de la Justice et de la Défense, quatre mesures ont particulièrement marqué cette évolution : la fin de l'enquête prévôtale automatique en cas de mort au combat, l'affirmation de la compétence exclusive du ministère public pour poursuivre les délits commis à l'étranger impliquant un militaire français et la clarification de la notion d'imprudence ou de négligence commise par des militaires en opérations extérieures et la création d'un fait justificatif exonérateur de responsabilité pénale pour les opérations se déroulant à l'extérieur du territoire français.

3.1.1.1 La mort violente d'un militaire au cours d'une action de combat :

L'article L.74 du Code de procédure pénale prévoit l'ouverture d'une enquête dans le cas de la découverte d'un cadavre ou d'une personne grièvement blessée afin de déterminer les causes de la mort ou de la blessure. En pratique, sous l'impulsion de l'ancien Tribunal aux Armées de Paris supprimé en 2011, le parquet avait pris l'habitude de recourir de façon quasi-systématique à une enquête prévôtale lorsqu'un militaire français décédait sur un théâtre d'opération extérieure. Cette intervention judiciaire, qui entraînait notamment et de manière automatique l'ouverture d'une

⁶² Amiral Guillaud, vœux aux armées, 17 janvier 2012.

⁶³ Délégation à l'Information et à la COmmunication de la Défense.

⁶⁴ Emission C-à-dire, France 5, du 3 novembre 2009.

⁶⁵ Loi n°2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019.

enquête avec autopsie, était mal vécue par l'institution militaire qui y voyait, plus qu'une intrusion du juridique, une remise en cause profonde de la valeur de l'engagement du militaire décédé et de sa dimension héroïque en en faisant une simple victime.

La Loi de Programmation Militaire (LPM) de décembre 2013 changea cette situation en introduisant par son article 29 un nouvel article L.211-7, au Code de justice militaire⁶⁶ supprimant l'automaticité de l'ouverture d'une enquête en affirmant que « la mort violente d'un militaire au cours d'une action de combat se déroulant dans le cadre d'une opération militaire hors territoire de la République » n'était pas « présumée de cause inconnue ou suspecte ». Dans la pratique, cet article permet de simplifier les relations entre les autorités militaires et le procureur de la République en cas de mort en opération. Si la hiérarchie militaire et la prévôté constatent *in situ* qu'aucun élément ne permet de douter du lien entre le décès et l'opération militaire, un simple procès-verbal de renseignements judiciaires est adressé au procureur de la République de Paris.

3.1.1.2 La compétence exclusive du ministère public pour poursuivre des délits commis à l'étranger impliquant un militaire français :

Conséquence directe de la décision de la Cour de cassation dans l'affaire dite d'Uzbeen qui avait admis que l'action publique destinée à apprécier l'éventuelle responsabilité pénale suite à la mort de soldats français pouvait être mise en mouvement par la plainte avec constitution de partie civile, l'article 30 de la loi du 18 décembre 2013 met fin à cette opportunité pouvant favoriser la judiciarisation. Cet article modifie ainsi l'article L.698-2 du Code de procédure pénale et dépose entre les mains exclusives du Procureur de la République la possibilité d'ouvrir une information judiciaire dans le cadre de faits commis « dans l'accomplissement de sa mission par un militaire engagé dans le cadre d'une opération mobilisant des capacités militaires ». Le cadre d'application de cet article est exclusivement réduit aux opérations militaires en dehors du territoire français ou des eaux territoriales françaises et inclut « la libération d'otages, l'évacuation de ressortissants ou la police de haute mer »⁶⁷. On pourrait regretter la précision et donc la restriction des conditions de mise en œuvre de cette compétence exclusive du ministère public, mais on y ressent la volonté du législateur, et plus largement du pouvoir politique, de ne pas octroyer un blanc-seing au militaire tout en garantissant une certaine liberté d'action au militaire en opérations.

⁶⁶ Article L.211-7 du Code de justice militaire : « Pour l'application de l'article 74 du code de procédure pénale, est présumée ne pas avoir une cause inconnue ou suspecte la mort violente d'un militaire au cours d'une action de combat se déroulant dans le cadre d'une opération militaire hors du territoire de la République. »

⁶⁷ Article L.698-2 du code de procédure pénale.

3.1.1.3 La clarification de la notion d'imprudence ou de négligence commise par des militaires en opération extérieure :

Le droit français ne reconnaissait aucune exonération de responsabilité pénale pour actes involontaires des militaires commis sur un théâtre d'opération extérieure. Telle était la conclusion de la Cour de cassation dans un arrêt de mai 1992. L'article L.4123-11 du Code de la défense avait déjà pris en compte les difficultés des missions et les spécificités de l'action de combat en matière d'homicide ou de blessure par imprudence⁶⁸ et avait introduit la notion de « diligence normale » liées aux « compétences, pouvoir et moyens » dont le militaire dispose au moment des faits, ainsi que « des difficultés propres » à la mission reçue. La LPM de décembre 2013 revient sur cette notion de « diligence normale » en précisant davantage les contours par l'ajout suivant : « 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 ». Cet ajout, technique à première vue, oriente le juge dans la qualification des faits et apporte ainsi aux militaires susceptibles d'être mis en cause une plus grande sécurité juridique dans le vaste domaine des infractions par imprudence qui touchent plus particulièrement ceux qui acceptent et assument plus de responsabilités.

3.1.1.4 Création d'un fait justificatif exonérateur de responsabilité pénale pour les opérations mobilisant des capacités militaires se déroulant à l'extérieur du territoire français :

Il s'agit ici de l'évolution la plus marquante de la loi du 13 décembre 2013. Il est désormais inséré un deuxième alinéa à l'article L.4123-12 du code de la défense qui élargit l'exonération de la responsabilité pénale du militaire qui, à certaines conditions, fait usage de la force dans le cadre d'une opération militaire extérieure⁶⁹. La référence à l'accomplissement de la mission couvre un nombre de situations beaucoup plus large que la légitime défense qui suppose une agression préalable. Elle permet notamment d'assurer la protection préalable des populations menacées même si le militaire n'est pas confronté à une menace sur sa personne. On retrouve dans cet alinéa, la référence au droit international, gage de légitimité des opérations conduites par la France.

Tournant majeur dans les relations entre l'usage de la force et le droit dans le cadre des opérations extérieures, la loi du 13 décembre 2013 rétablit un équilibre propice à la préservation de la liberté d'action du militaire. Sans octroyer une immunité totale sur les actes effectués en

⁶⁸ Art L.4123-11 :

⁶⁹ Al.2 de l'article L.4123-12 : « N'est pas pénalement responsable le militaire qui, dans le respect des règles du droit international et dans le cadre d'une opération mobilisant des capacités militaires, se déroulant à l'extérieur du territoire français ou des eaux internationales françaises, quels que soient son objet, sa durée ou son ampleur, y compris la libération d'otages, l'évacuation de ressortissants ou la police de haute mer, exerce des mesures de coercition au fait usage de la force armée, ou en donne l'ordre, lorsque cela est nécessaire à l'exercice de sa mission ».

opération extérieure, une indéniable évolution a été réalisée en faveur du militaire, dépositaire de l'usage de la force. Depuis cette évolution législative, la menace de la judiciarisation s'est nettement estompée dans le fond comme dans la forme et la crédibilité des forces françaises est reconnue. Après la protection juridique des opérations extérieures, la résurgence de la menace terroriste et la montée en puissance de l'opération Sentinelle a conduit à des réflexions sur la notion de légitime défense qui ont également conduit à des mesures garantissant une meilleure protection au militaire engagé dans cette opération.

3.1.2 Les évolutions du droit de la légitime défense sur le territoire national :

Dans le contexte des attentats islamistes de 2015, le président de la République décréta l'état d'urgence conformément à la loi de 1955. Pour les armées, la conséquence majeure fut le déclenchement de l'opération Sentinelle et le déploiement de 10 000 soldats sur le territoire national dans des conditions plus contraignantes que ne le prévoyaient les textes⁷⁰ puisque le niveau de mobilisation dépassa les 15 jours initialement prévus. L'engagement dans la durée incita les militaires à s'interroger sur les modalités d'évolution de la mission et sur l'amélioration de son efficacité. Outre les difficultés de dialogue initiales avec les autorités civiles responsables du déploiement de Sentinelle, la question des modalités de l'usage de la force par le militaire déployé s'est rapidement posée, en particulier dès les premières interventions comme à Valence le 1^{er} janvier 2016⁷¹.

Le cadre juridique initial se limitait aux modalités de la légitime défense et de l'état de nécessité tels que définis dans le code pénal⁷². Dès 2016, le gouvernement a choisi de légiférer sur l'usage des armes des forces de l'ordre dans le cas d'un « périple meurtrier », situation dans laquelle l'invocation de la légitime défense ne pourrait être justifiée en l'état. La loi anti-terrorisme promulguée le 3 juin 2016 a prévu dans son article 51 d'insérer un nouvel article 122-4-1 au code pénal⁷³ (depuis abrogé par la loi n°2017-258 du 28 février 2017 et intégré à l'article L435-1 du code de sécurité intérieure) et institue une nouvelle « excuse pénale », la notion de périple meurtrier, applicable aux forces de sécurité intérieure et aux militaires déployés sur le territoire national. Ainsi, l'irresponsabilité pénale se voit étendue aux forces de sécurité intérieure et aux militaires déployés sur le territoire national qui, hors de la légitime défense, font un « usage absolument

⁷⁰ IM 10100 révisée par la version du 14 novembre 2017.

⁷¹ Cf. supra.

⁷² Art. 122-5 et 6 du code pénal.

⁷³ Art. 122-4-1 du code pénal. – « N'est pas pénalement responsable le fonctionnaire de la police nationale, le militaire de la gendarmerie nationale, le militaire déployé sur le territoire national dans le cadre des réquisitions prévues à l'article L. 1321-1 du code de la défense ou l'agent des douanes qui fait un usage absolument nécessaire et strictement proportionné de son arme dans le but exclusif d'empêcher la réitération, dans un temps rapproché, d'un ou plusieurs meurtres ou tentatives de meurtre venant d'être commis, lorsque l'agent a des raisons réelles et objectives d'estimer que cette réitération est probable au regard des informations dont il dispose au moment où il fait usage de son arme. »

nécessaire et strictement proportionné de son (leur) arme dans le but exclusif d'empêcher la répétition, dans un temps rapproché, d'un ou plusieurs meurtres ou tentatives de meurtre venant d'être commis, lorsque l'agent a des raisons réelles et objectives d'estimer que cette répétition est probable au regard des informations dont il dispose au moment où il fait usage de son arme».

Par cette disposition, le militaire, au même titre que les forces de sécurité intérieure, se trouve soumis et protégé par cinq conditions d'usage des armes ; le péripète meurtrier venant compléter les quatre existant jusqu'alors⁷⁴.

Cette évolution constitue une nouvelle adaptation du droit face à des situations exceptionnelles et répond ainsi à un véritable besoin de protection des forces de sécurité et des militaires déployés dans le contexte actuel. Elle était par ailleurs réclamée par les autorités militaires et civiles du ministère de la Défense comme la directrice des affaires juridiques, Mme Landais, et le général Brousse, sous-chef des opérations aéroterrestres de l'État-Major de l'armée de Terre. Auditionnés par la mission d'information parlementaire sur la présence et l'emploi des forces armées sur le territoire national menée par les députés Trouin et Léonard en juin 2016⁷⁵, ces autorités avaient souligné le besoin de mise en cohérence entre les différents régimes applicables aux militaires et aux forces de sécurité intérieure.

Les modifications introduites ne semblent cependant pas offrir toute la protection attendue. En effet, certaines dispositions souffrent d'imprécisions qui pourraient ouvrir la voie à des contestations, notamment la notion de « temps rapproché ». A ce jour, les oppositions des juridictions européennes craintes par le Conseil d'État dans son avis sur le projet de loi⁷⁶ ne se sont pas manifestées. Par ailleurs, l'harmonisation des conditions d'usage des armes entre les policiers et les gendarmes par la loi n°2017-258 relative à la sécurité publique du 28 février 2017 a permis de combler un autre écueil de la loi précédente et de renforcer ainsi la cohérence de l'ensemble de l'édifice juridique en vigueur sur le territoire national dans le contexte de la menace terroriste actuelle.

Ces évolutions majeures pour le militaire dans l'accomplissement de sa mission ont constitué un tournant majeur dans les relations entre le droit et le militaire. Instituées dans des contextes différents mais présentant le même risque d'immobilisme, ces mesures législatives visaient à préserver la liberté d'action du militaire en opération en lui octroyant un statut plus

⁷⁴ Article L.435-1 du code de la sécurité intérieure modifié par la loi sur la sécurité publique du 28 février 2017 qui reprend les 5 conditions d'usage des armes. 1° atteintes à la vie ou à l'intégrité physique. 2° Défense de lieu ou de personnes après sommations. 3° évasion de personnes dangereuses ; 4° Immobilisation de véhicules, embarcations ou autres moyens de transport utilisés pour fuir. 5° Péripète meurtrier.

⁷⁵ MM les députés Olivier Audibert-Troin et Christophe Léonard, Rapport d'information N°3864, mission d'information sur la présence et l'emploi des forces armées sur le territoire national, Commission de la Défense et des forces armées, Assemblée Nationale, Paris, 22 juin 2016, 255p.

⁷⁶ CE, avis N°391004 sur le projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé et son financement, l'efficacité et les garanties de la procédure pénale du 28 janvier 2016.

protecteur sans pour autant lui accorder une immunité totale. Parallèlement, sur le territoire national, le militaire, désormais pièce essentielle du dispositif de protection de la population dont l'efficacité a été démontrée à plusieurs reprises, a bénéficié d'un élargissement de l'exemption pénale élaborée pour l'ensemble des forces de sécurité intérieure désormais soumises au même régime. Sur le territoire national, ce statut d'exception oblige le militaire, individu comme institution. Après la mise en place des évolutions évoquées précédemment, il s'agit de se demander si la situation actuelle répond aux besoins de l'usage des armes et d'étudier éventuellement quelques pistes pour poursuivre l'amélioration des relations entre le droit et le militaire.

3.2 Faut-il aller plus loin ?

Les évolutions du droit évoquées précédemment, et en particulier celles liées aux opérations militaires menées sur le territoire national, n'ont pas mis fin au débat sur le rôle de militaires dans la protection de la Nation et sur l'encadrement juridique de leur action. Il apparaît néanmoins qu'un certain équilibre a été atteint. La connaissance mutuelle entre acteurs du droit et militaires mérite d'être approfondie afin de mettre définitivement un terme à une méfiance sous-jacente réciproque.

3.2.1 Un juste équilibre atteint :

L'équilibre entre liberté d'action et responsabilité semble aujourd'hui acceptable pour tous. Sur les théâtres d'opérations extérieures, le militaire français est juridiquement encadré et protégé face au risque de judiciarisation sans pour autant se voir octroyer une immunité totale sur ses actes. Une dynamique d'adaptation du droit face à l'évolution des menaces et des enjeux semble avoir été initiée afin de préserver l'outil militaire.

Dans le combat, le militaire est protégé et son statut exorbitant de combattant a été confirmé. En revanche, l'exemplarité du militaire, qui fonde toute la légitimité de son action, ne peut souffrir du moindre comportement déviant. Elle s'appuie sur le droit et sur des valeurs fortes censées être connues de tous, comme en atteste le *code du soldat* détenu par chaque soldat⁷⁷ de l'armée de Terre. Afin de prévenir ces comportements déviants, les armées bénéficient de l'appui de la prévôté sur les théâtres d'opération. Avec une structure de commandement désormais autonome et spécialisée au

⁷⁷ Code du soldat : document constitué de onze règles facilement mémorisables. Il représente une ligne de conduite pour mettre en œuvre ces 4 principes :

- accomplir sa mission dans l'excellence professionnelle et la maîtrise de la force,
- faire vivre les communautés militaires unies dans la discipline et la fraternité d'armes,
- servir la France et les valeurs universelles dans lesquelles elle se reconnaît,
- cultiver des liens forts avec la communauté nationale.

sein de la gendarmerie nationale⁷⁸, les détachements de la prévôté œuvrent au quotidien au soutien du commandement en matière pénale et participent à la prévention des actes délictueux ou criminels. L'action de la prévôté dans la conduite de l'enquête sur les accusations d'abus sexuels en République de Centrafrique a prouvé toute l'impartialité d'une recherche de la vérité dans un contexte médiatique particulièrement négatif pour les armées françaises. Dans un contexte international tendu où les intérêts étatiques s'exacerbent, la perte de légitimité d'une opération peut également venir d'une tentative de déstabilisation extérieure. La structure actuellement en place prouve ainsi son efficacité.

Le juste équilibre se traduit également dans l'absence de poursuites pénales pour des actions conduites dans le cadre d'actions de combat. Cette absence de poursuites montre bien que l'exclusivité de la poursuite pénale accordée au procureur de la République n'a pas eu comme conséquence une mainmise des juges sur l'action militaire. La spécificité du militaire au combat est pleinement acceptée et les propos du procureur de la République de Paris, M. Molins, lors de son intervention devant les officiers de l'Ecole de Guerre en février 2018 l'attestent. La suppression du tribunal aux armées de Paris n'a aucunement entraîné de césure entre la Justice et le monde militaire. Dans le cadre du continuum entre les opérations de police dans la lutte contre le terrorisme avec les opérations militaires menées au Sahel, la compétence exclusive du parquet de Paris en matière terroriste et en matière d'opérations militaires assure une complémentarité constructive là où de nombreux conflits de compétences avec le TAAP rendaient les relations compliquées. La volonté affirmée de ne pas judiciairiser l'action de combat est désormais clairement affirmée par les responsables en poste actuellement.

Dans le domaine des opérations sur le territoire national dans le cadre de l'opération Sentinelle, le monde politique s'est rapidement interrogé sur la pertinence de l'assouplissement des conditions d'usage des armes pour les forces de sécurité intérieure et par extension pour les militaires déployés. Avant de prendre les dispositions législatives évoquées précédemment, de nombreuses réflexions ont été menées afin de savoir quelle marge de manœuvre accorder aux militaires agissant sur le territoire national, sous réquisition, dans le cadre d'une mission de sécurité. La place du militaire dans les situations de crise a pris une dimension centrale dans les discussions qui ont révélé le peu d'appétence des autorités civiles pour l'octroi de prérogatives supplémentaires aux militaires⁷⁹. La mission d'information parlementaire des députés Trouin et Léonard a en outre

⁷⁸Longtemps rattachée au Commandement de la gendarmerie outre-mer, la prévôté relève depuis mars 2013 d'un Commandement de la gendarmerie prévôtale et directement rattaché à la Direction générale de la Gendarmerie nationale.

⁷⁹Audition de M. Louis Gautier, secrétaire général de la défense et de la sécurité nationale sur l'emploi des forces armées sur le territoire national, Commission de la défense nationale et des forces armées, 02 décembre 2015, compte-rendu n°23 p5-6 et 9.

montré que de nombreuses pistes ont été évoquées et explorées par les différentes personnalités auditionnées. Les options visant à accorder les mêmes prérogatives aux militaires qu'aux membres des forces de sécurité intérieure - statut d'Officier de Police Judiciaire notamment - ou encore concéder les mêmes protections juridiques sur le territoire national qu'en opération extérieure ont été finalement été écartées par les responsables du ministère des armées tant civils, comme la directrice des affaires juridiques du ministère de la Défense, Mme Landais, que militaires. Il s'agissait d'éviter de pérenniser un engagement contraignant pour les militaires tout en évitant une banalisation des mesures dignes des situations d'exception.

Enfin, une dynamique favorable à la protection de l'action militaire est apparue. Désormais, le droit évolue afin de s'adapter aux menaces et permettre un usage de la force en phase avec les défis du monde actuel. Ainsi, dans les travaux de la future Loi de Programmation Militaire 2019-2025, la direction des affaires juridiques du ministère des Armées⁸⁰ est parvenue à introduire une nouvelle excuse pénale pour les militaires du monde cyber. Il ne s'agit pas de conférer une immunité totale aux militaires mais de s'adapter à la réalité de la menace et du monde actuel. Les combattants du cyber sont désormais eux-aussi protégés pour mener à bien leurs opérations. Cette évolution juridique entérine le caractère opérationnel des opérations cyber pleinement prises en compte dans la notion d'usage de la force. De même, la future LPM introduit la possibilité pour les militaires d'effectuer des relevés d'identité biométriques encadrés, « ciblés et nécessaires »⁸¹ sur les théâtres d'opérations extérieure afin de cartographier les personnes présentant une menace pour les forces déployées. A l'heure où la menace pesant sur les militaires en opérations est de nature terroriste et mêle des modes d'actions asymétriques divers, cette capacité, encadrée par le droit assurera une protection accrue des militaires en toute légalité. Les travaux du ministère des Armées, validés par le Conseil d'État, témoignent de la complémentarité croissante entre le droit et les opérations. Il est toutefois possible de s'interroger sur la pertinence de la présence de tels dispositifs législatifs dans une loi de programmation militaire dont la vocation initiale est de définir les moyens budgétaires alloués aux armées. Ces dispositifs pourraient être qualifiés de « cavaliers législatifs » et pourraient ainsi faire l'objet de sanctions par le Conseil Constitutionnel en cas de saisine de ce dernier dans les conditions fixées par l'article 61 de la Constitution. Une loi ordinaire dédiée conférerait davantage de force à ces évolutions. Toutefois, un risque d'inflation législative apparaît dans cette dynamique d'adaptation du droit. Un corpus législatif large permet un champ des interprétations étendu et toute spécialisation aboutirait à des lois se voulant exhaustives. Cet objectif

⁸⁰ Audition de Mme Claire Legras, directrice des affaires juridiques auprès du ministère des Armées, sur le projet de loi de programmation militaire, Commission de la défense et des forces armées, XVème législature, Compte-rendu N°39, 22 février 2018, p 6-7.

⁸¹ *Idem.*

difficilement atteignable pourrait conduire à une complexification excessive de l'usage de la force du militaire

Cet équilibre et cette dynamique d'adéquation entre le droit et l'usage de la force impliquent cependant le maintien, voire la rénovation, de liens étroits entre les acteurs du droit et les militaires, dans un souci d'une nécessaire connaissance mutuelle.

3.2.2 Le défi de la connaissance mutuelle entre les acteurs du droit et les militaires :

La méconnaissance est forte et pourrait se renforcer sans doute du côté des professionnels de la Justice du fait de l'arrivée aux responsabilités de générations n'ayant quasiment aucune connaissance de la question militaire. Sans en être la cause exclusive, la suspension du service national constitue une cause majeure de ce phénomène observable dans toute la société. Parallèlement, la notion d' « acceptation du droit » au sens où l'entendait le doyen Carbonnier⁸², devrait faire l'objet d'une attention toute particulière. Il caractérisait cette notion par quatre étapes : la connaissance du droit, l'adhésion, la participation et l'entrée dans les mœurs. Ce processus est bien sûr déjà en cours au sein de l'institution militaire mais il conviendrait de le consolider davantage en particulier au niveau de la formation des chefs militaires.

En effet, il est possible de constater que la formation initiale des officiers se borne de manière encore trop restreinte aux apprentissages du droit des conflits armés et d'une vague connaissance du fonctionnement des institutions. Sans chercher à effrayer par un enseignement juridique excessif, la procédure pénale devrait être connue afin de rassurer les futurs chefs qui y seront probablement confrontés au cours de leur carrière. La sensibilisation au rôle, missions et moyens de la prévôté pourrait être développée en particulier dans les écoles d'application lors de la formation des futurs commandants d'unité avec des mises en situation lors d'exercices sur le terrain afin de démystifier la procédure et de connaître les rôle et devoir de chacun. Un enseignement et des réflexions juridiques plus poussés constitueraient un moyen supplémentaire de sensibiliser les futurs chefs à leurs responsabilités sans les inhiber et éviteraient sans doute des attitudes telles que celles relatées dans les réquisitions du parquet de Rennes dans l'affaire de la noyade d'un jeune élève officier lors d'une activité dite de tradition sur le camp de Coëtquidan en octobre 2012. Le Parquet insiste dans ses réquisitions, fait rare pour être souligné, sur « l'aveuglement » et « l'attitude frisant l'arrogance » des élèves officiers mis en cause.

La crainte de voir le militaire se restreindre lui-même face à la complexité du droit ne constitue plus une réalité. En raison de la fréquence des missions Sentinelle, le COMTN (armée de

⁸² Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, Champs essais, 2008, p.101 à 105.

Terre) constate une connaissance et une maîtrise accrues des règles d'emploi des armes par les militaires. Connaissant désormais mieux leurs droits et leur statut d'agent dépositaires de l'autorité publique, les militaires n'appréhendent pas d'utiliser leur arme dans le cadre légal mais également de porter plainte lors d'outrage ou d'actions hostiles à leur égard. La formation par un drill juridique lors des phases de MCF⁸³ qui précèdent le déploiement Sentinelle a visiblement porté ses fruits.

A la formation et la sensibilisation des militaires, il convient d'ajouter une meilleure information des membres du ministère de la Justice et des acteurs du monde juridique en général. En effet, comme évoqué précédemment, le manque de connaissance du milieu et des questions de défense en général et militaires en particulier est structurellement fort parmi les générations entrant dans les institutions judiciaires. Si les échanges avec l'Ecole Nationale de la Magistrature existent, ils restent très limités et non institutionnalisés. Des stages d'immersion sont proposés aux procureurs et magistrats mais ils ne sont que pour les volontaires comme le souligne le rapport de la mission d'information parlementaire des députés Troin et Léonard⁸⁴. De même pour les formations des avocats au sein des différents barreaux. Certes le corps des greffiers militaires, dont les membres sont répartis au sein des juridictions nationales⁸⁵, constitue un relais indispensable entre la Justice et les armées dans le respect des prérogatives de chacun, mais permettre aux magistrats ou avocats d'appréhender les spécificités de l'usage de la force pourrait favoriser le maintien de relations déjà constructives et dans leur tendance générale plutôt favorable aux Armées en opération. Dans le cadre des réflexions actuelles sur le Service National Universel, il pourrait être intéressant d'étudier la mise en place d'un service obligatoire pour toutes les formations publiques des futurs cadres dirigeants de la Nation à l'image du service militaire effectué par les élèves de l'Ecole Polytechnique. Le statut militaire de l'école explique l'existence de ce service dans les armées même si la plupart des élèves optent ensuite pour une carrière civile et occupent à terme des postes de direction en entreprise ou des responsabilités politiques. Toute réussite à un concours ouvrant droit à une carrière dans la fonction publique pourrait donner lieu à un service national comportant une sensibilisation aux missions régaliennes de la Défense.

Le lien entre le monde du droit et les armées constitue également un impératif de rayonnement. A ce titre, pour l'armée de Terre, le Pôle de Rayonnement de l'Armée de Terre⁸⁶ mène des actions de sensibilisation vers les acteurs du droit. Des avocats participent au Cours Supérieur InterArmes en tant qu'auditeurs civils afin de découvrir les missions de l'armée de Terre

⁸³ Mise en Condition Finale.

⁸⁴ Cf. *infra*.

⁸⁵ Des greffiers militaires sont présents dans 9 TGI (TGI Bordeaux, TGI Lyon, TGI Paris, TGI Cayenne, TGI Marseille, TGI Rennes, TGI Lille, TGI Metz, TGI Toulouse).

⁸⁶ PRAT situé à l'Ecole Militaire.

et tisser des liens avec les futurs chefs de l'armée de Terre ayant réussi le concours de l'Ecole de Guerre. Le PRAT envisage également de mettre en place des échanges entre l'armée de Terre et des universités de droit également dans un but de diffusion des problématiques de Défense.

Enfin, les relations entre les juristes et les militaires pourraient être utilement entretenues par l'intermédiaire de la réserve. En effet, si le recrutement d'avocats en tant qu'officier juriste au sein des armées apparaît peu compatible avec les cursus de formation et peu attractif pour les intéressés, il s'agirait peut-être de développer davantage l'ouverture de contrats de réservistes pour des avocats. La charte d'engagements signée entre la Garde nationale et l'Ordre des avocats de Paris fin 2017 témoigne de l'attrait des avocats pour les questions de défense et répond au besoin croissant des armées en expertise juridique sur le territoire national. L'objectif serait de bénéficier de leurs services pour la protection juridique de militaires, en particulier si l'opération Sentinelle devait s'installer dans la durée et dans sa dimension actuelle. Sans vouloir recréer un *JAG*⁸⁷ à la française, ces liens permettraient par ailleurs de disposer d'un vivier activable au profit de la protection fonctionnelle des militaires en général.

⁸⁷ Le *Judge Advocate General's Corps* (JAG) est le Bureau qui fournit les juges, les avocats et les procureurs des cours martiales américaines. Il s'agit du bras judiciaire des différentes forces armées des États-Unis. Ils sont chargés de la défense ou de la mise en accusation de militaires qui auraient contrevenu au Uniform Code of Military Justice. Le corps du JAG fournit également gratuitement un large éventail de services juridiques à leurs membres et soutient les opérations de combat en informant les commandants sur le droit des conflits armés.

Conclusion

Les relations entre le droit et le militaire en opération ont connu de nombreuses évolutions liées à l'inflation juridique des sociétés occidentales. La volonté de fonder sa politique étrangère sur l'affirmation de ses valeurs a conduit la France à ancrer la légitimité de ses opérations militaires sur le droit international.

Toutefois, face à la menace d'une judiciarisation croissante de l'action militaire qui s'est manifestée suite aux opérations en Afghanistan notamment avec la décision de la Cour de cassation à propos des événements d'Uzbeek de 2008, le pouvoir politique a incité le législateur à rétablir un équilibre afin de préserver son outil militaire sans lui accorder une immunité irraisonnée. Il s'agissait également de se prémunir du risque de déstabilisation de ses opérations par de possibles usages du droit médiatiquement détournés. Ainsi, une mutabilité du droit est peu à peu apparue. La loi de programmation militaire de 2013 a constitué un tournant majeur en étendant notablement la protection pénale du militaire lors de son action de combat. L'opération Sentinelle, conséquence des attentats de 2015 et de l'état d'urgence décrété par le Président de la République, a également entraîné de multiples réflexions sur le cadre juridique de l'emploi des militaires lors d'opérations sur le territoire national. Si l'intervention de militaires sur le sol national était entrée dans les mœurs, les déploiements d'ampleur dans des situations exceptionnelles semblaient avoir disparu du champ des possibles. Porté par les besoins d'évolution du cadre juridique pour les forces de sécurité intérieure, le militaire a donc pu bénéficier de ces adaptations avec en particulier la création du péripère meurtrier comme exemption pénale qui permet d'assurer plus efficacement la sécurité des citoyens dans le contexte de la menace terroriste tout en restant dans un cadre légal. La LPM en construction (2019-2024) est également porteuse d'évolution du droit au profit des militaires en opération et du monde cyber en pleine croissance.

Si les relations entre le droit et le militaire sont parvenues aujourd'hui à un juste équilibre entre besoin de protection et impératif de responsabilité, des défis persistent. Un réel besoin d'« accoutumance » au droit demeure et l'impératif d'une formation réciproque pour les chefs militaires et les acteurs du monde de la justice se confirme. Le droit ne doit pas être vu comme un obstacle mais n'en demeure pas moins une donnée essentielle qui ne peut être écartée à l'instar de tous les facteurs, impératifs et contraintes pris en compte dans la conception et la réalisation d'une mission. Le chef militaire, qui peut certes compter sur de nombreux conseillers juridiques ne doit pas en dépendre totalement. Il lui appartient donc de maîtriser les fondamentaux du droit et des procédures. Parallèlement, une dynamique d'information sur le milieu militaire et ses spécificités vers les acteurs de la justice est nécessaire. Les réflexions actuelles sur le service national universel

pourraient utilement prendre en compte ce besoin qui s'inscrit dans le cadre plus large de promotion et de l'explication de l'outil militaire à l'ensemble des cadres de l'État. Enfin, l'émergence des robots armés et les SALA⁸⁸ modifiera certainement dans un avenir proche l'encadrement juridique de l'usage de la force.

⁸⁸ système armés létaux autonomes

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages de référence :

- Constitution de la Vème république. Legifrance.fr
- Code de la défense. Legifrance.fr
- Code pénal. Legifrance.fr
- Code de procédure pénale. Legifrance.fr
- Code de la sécurité intérieure. Legifrance.fr
- Code de justice militaire. Legifrance.fr
- David Ruzié, *Droit International public*, Paris, Dalloz (Memento Dalloz), 16ème édition, 2002, 319p.
- Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Paris, Flammarion, Champs et essais, 2008, 276p.
- François Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz (Précis), 8ème édition, 2009, 656p.
- CICDE, DIA-5.60.2_CJEA-TN(2017), *Le cadre juridique d'emploi des armées sur le territoire national et le répertoire des règles d'emploi de la force et des règles de comportement*, N°199/ARM/CICDE/NP du 27 décembre 2017.
- Instruction Ministérielle N°10100/SGDSN/PSE du 14 novembre 2017.

Articles ou parutions :

- Oriane BARAT-GINIES, *Le militaire français face au droit*, Paris, IHEDN, mars 2011, 7p, https://www.ihedn.fr/sites/default/files/atoms/files/barat_ginies_oriane_le_militaire_face_au_droit_mars2011.pdf
- Dossier thématique, *La judiciarisation: le treillis et la balance*, Terre Magazine N°224, mai 2011, 10p.
- Maître Yves Claisse, *Les nouvelles règles relatives à la responsabilité pénale des militaires faisant usage de la force à l'étranger*, Revue de la Gendarmerie Nationale, 3ème trimestre 2015, p145 à 149.
- Commission de la défense nationale et des forces armées, Compte-rendu N° 23, Audition de M. Louis Gautier, secrétaire général de la défense et de la sécurité nationale, sur l'emploi des forces armées sur le territoire national, Paris, 02 décembre 2015, 19p.

Rapport et auditions parlementaires :

- Maître Gérard Michel, *Judiciarisation des opérations extérieures - situation et préconisations* - Rapport à M. Le Ministre de la Défense et des Anciens Combattants, Paris, 2011, 110p.
- MM les députés Olivier Audibert-Troin et Christophe Léonard, Rapport d'information N°3864, mission d'information sur la présence et l'emploi des forces armées sur le territoire national, Commission de la défense et des forces armées, Assemblée Nationale, Paris, 22 juin 2016, 255p.
- Commission de la défense nationale et des forces armées, XVème législature, Compte-rendu n°39, Audition de Mme Claire Legras, directrice des affaires juridiques du ministère des armées sur le projet de loi de programmation militaire, Paris, 22 février 2018, 21p.
- Commission de la défense nationale et des forces armées, XVème législature, compte-rendu n°28, Audition du général Jean-Pierre Bosser, chef d'état-major de l'armée de Terre sur le projet de loi de programmation militaire, Paris, 13 février 2018, 24p.

Discours officiels :

- Déclaration de M. Nicolas Sarkozy, Président de la République, en hommage aux soldats français morts en Afghanistan, Cour des Invalides, Paris, 19 juillet 2011. <http://discours.vie-publique.fr/notices/117001697.html>
- Déclaration de M. François Hollande, Président de la République, sur l'intervention militaire au Mali, Paris, le 11 janvier 2013. <http://discours.vie-publique.fr/notices/137000058.html>