

LE MERCENAIRE FACE AU DROIT

par

Aymeric PHILIPON (1)

DESS Défense, géostratégie et dynamiques industrielles (Paris II)

Le 12 février 2002, le Foreign Office britannique publiait un livre blanc intitulé « *Sociétés militaires privées : options pour une réglementation* » (2). Le 2 avril suivant, le gouvernement français déposait un projet de loi relatif à la répression de l'activité mercenaire. Avant cela, à la fin de l'année 2001, soit 12 ans après son adoption, la Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires entrait en vigueur.

Ces trois événements illustrent bien l'actuelle confrontation entre le droit et les activités mercenaires. Et c'est d'ailleurs là que réside la nouveauté : depuis très longtemps, la condamnation de principe était de rigueur mais les décisions concrètes restaient très limitées. De façon un peu triviale on pourrait dire que le mercenariat n'était pas un « sujet porteur ».

Néanmoins, cela va peu à peu changer du fait de l'évolution même des activités mercenaires. Pour comprendre cette évolution il faut évidemment se pencher sur le sens des mots. Qu'entend-on par « mercenaire » ? Ce type de terme est un cauchemar pour le juriste : sens multiple mais également forte charge idéologique ou morale. Tantôt « affreux », tantôt « défenseur du monde libre », le mercenaire est avant tout un mythe. Afin d'effectuer une étude juridique digne de ce nom il nous faut donc dépasser cette première difficulté. Le terme mercenaire va en fait recouvrir deux phénomènes distincts correspondant schématiquement à deux époques distinctes. Tout d'abord, le mercenaire « traditionnel ». On parle ici d'un individu qui, en fonction de motivations essentiellement matérielles, s'engage dans un conflit qui ne le concerne pas directement. Un nom illustre à lui seul cette notion : Bob Denard. C'était l'époque de la décolonisation et de la guerre froide avec son cortège de conflits périphériques et de stratégies indirectes. Cette époque est révolue.

L'actualité récente et plus particulièrement cette misérable expédition de bras cassés aux Comores en décembre 2001 nous prouve que ce genre d'individu n'a plus aucun rôle à jouer sur la scène internationale.

Il en va tout autrement de ce que nous appellerons le mercenariat « moderne ». Là encore il nous faut préciser de quoi nous parlons. La presse a coutume de rassembler sous ce même vocable deux activités bien différentes à savoir la fourniture de prestations de sécurité privée de nature civile ou policière ou la fourniture d'une assistance et d'un savoir-faire militaire. Il nous semble pertinent de réserver ici le terme de mercenariat moderne à la seule assistance militaire privée, fournie par les Sociétés Militaires Privées (SMP) entendues comme des entreprises capables d'offrir une participation militaire directe et ainsi, modifier le cours d'un conflit ou d'une crise politique. La plus célèbre de ces sociétés était « *Executive Outcomes* » (Afrique du Sud). Elle avait été créée en 1989 par Eben Barlow, ancien commandant en second du 32^e bataillon des Forces Armées Sud-africaines, pour être dissoute le 31 décembre 1998. Aujourd'hui, la plus active de ces sociétés est « *Sandline International* » (Grande-Bretagne/Bahamas). Elle était dirigée par le lieutenant-colonel Tim Spicer. Elle est majoritairement composée d'anciens SAS (Special Air Service). La gamme des services offerts est très large : conseil, entraînement, rétablissement de la sécurité dans des situations variées ainsi qu'un soutien opérationnel dans les trois armes. Sandline s'est notamment illustrée en Angola (jusqu'en 1998) et en Sierra Leone. Il convient enfin de signaler l'existence de « *Military Professional Resources Inc.* » (MPRI). Cette société américaine est très proche du Pentagone. Elle se définit elle-même comme une société d'expertise, ce qui exclut, en théorie du moins, la participation directe aux combats. Son action la plus éclatante a été la reprise en main de l'armée croate avec, notamment, la victoire en Krajina en 1995.

La présente étude n'abordera que le mercenariat traditionnel et l'assistance militaire privée en se donnant pour objectif de répondre à

(1) Auteur dans la collection « Recherches et Documents » de la Fondation pour la Recherche Stratégique (FRS) de « Les activités mercenaires et le droit ».

(2) *Private Military Companies : Options for Regulation*, www.fco.gov.uk.

une seule question : peut-on réguler de façon effective le phénomène mercenaire ? Nous examinerons d'abord les normes internationales (I), puis les normes internes (II) et enfin, le cas de la France (III).

I. LE DROIT INTERNATIONAL

Le droit international aborde la question du mercenaire à travers deux instruments principaux : l'article 47 du premier protocole additionnel du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 et la Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires du 4 décembre 1989. Il conviendra également d'examiner le débat concernant la possible existence d'une coutume interdisant le mercenariat.

A. Le droit conventionnel

L'article 47 du premier protocole additionnel du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 constitue depuis plus de vingt ans le texte juridique de base en ce qui concerne les activités mercenaires. En effet, il donne, dans sa deuxième partie, la définition la plus usitée du mercenaire.

Celui-ci est défini comme toute personne :

- a) *qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour combattre dans un conflit armé;*
- b) *qui en fait prend une part directe aux hostilités;*
- c) *qui prend part aux hostilités essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel et à laquelle est effectivement promise, par une Partie au conflit ou en son nom, une rémunération matérielle nettement supérieure à celle qui est promise ou payée à des combattants ayant un rang et une fonction analogues dans les forces armées de cette Partie;*
- d) *qui n'est ni ressortissante d'une Partie au conflit, ni résidente du territoire contrôlé par une Partie au conflit;*
- e) *qui n'est pas membre des forces armées d'une Partie au conflit; et*
- f) *qui n'a pas été envoyée par un État autre qu'une Partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit État.*

158 États, dont la France depuis le 11 avril 2001, sont parties à ce protocole ce qui lui confère une portée quasi-universelle. Cependant, l'article 47 n'incrimine pas directement le mercenariat. La première partie du texte ne fait que refuser à la personne qualifiée de

mercenaire le droit au statut de combattant ou de prisonnier de guerre. On peut donc tout au plus parler d'une « incrimination indirecte ». La convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires adoptée par consensus par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 4 décembre 1989 va beaucoup plus loin. Ce vote sera « facilité » par le contexte très particulier de l'époque : le 26 novembre 1989, le président comorien Ahmed Abdallah est assassiné. Les mercenaires de Bob Denard seront directement mis en cause. Cette affaire suscitera une grande indignation et ce, plus particulièrement, au sein des pays en voie de développement.

L'article 1^{er} de cette convention donne une définition du mercenaire. Si la première partie est classique, dans la mesure où elle reprend la définition de l'article 47 du protocole additionnel I du 8 juin 1977, la seconde partie est totalement innovante. Elle qualifie ainsi de mercenaire toute personne :

- a) *qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour prendre part à un acte concerté de violence visant à :*
 - i) *renverser un gouvernement ou, de quelque autre manière, porter atteinte à l'ordre constitutionnel d'un État; ou*
 - ii) *porter atteinte à l'intégrité territoriale d'un État;*
- b) *qui prend part à un tel acte essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel significatif et est poussée à agir par la promesse ou par le paiement d'une rémunération matérielle;*
- c) *qui n'est ni ressortissante ni résidente de l'État contre lequel un tel acte est dirigé;*
- d) *qui n'a pas été envoyée par un État en mission officielle;*
- e) *qui n'est pas membre des forces armées de l'État sur le territoire duquel l'acte a eu lieu.*

Les articles 2, 3, 4 et 5 énoncent différentes infractions visant les individus mais aussi les États. Les activités mercenaires ainsi que la complicité sont directement sanctionnées.

Cependant on peut douter de l'efficacité réelle de cet instrument. Au nom du principe de souveraineté des États, ces derniers sont libres d'adhérer ou non à une convention internationale. À de très rares exceptions près, aucune organisation internationale ne peut contraindre un État membre à signer ou ratifier un instrument de ce type. Ce principe absolu vaut naturellement pour la convention du 4 décembre 1989. Ceci explique le fait que ce texte ne soit entré en vigueur que douze ans après son

adoption. Son article 19, prévoyait que l'entrée en vigueur ne se ferait qu'après la vingt-deuxième ratification ou adhésion. Ce nombre fatidique n'a été atteint que le 20 octobre 2001 (3). A noter que neufs autres États l'ont signée mais ne l'ont pas encore ratifiée (4). Un tel délai ne peut aller que dans le sens d'une « déconnexion » entre la règle de droit et les faits qu'elle est censée encadrer. Cet écart devient alors source d'inefficacité.

Quoiqu'il en soit, la Convention de Vienne de 1969 codifiant le droit des traités, énonce dans son article 34 qu'« un traité ne crée ni obligations ni droits pour un État tiers sans son consentement ». A ce titre, seuls les États ayant ratifié cette convention ONU de 1989 se trouvent liés par celle-ci. Cet élément réduit fortement sa portée juridique : seuls 22 États sont liés par les dispositions de ce texte.

Mais au-delà de ces remarques qui sont finalement bien connues en droit international public, ces deux instruments se heurtent à une difficulté majeure qui les fragilise : la définition du mercenaire. Avant tout, il faut remarquer que ces textes cherchent à définir le mercenaire et non le mercenariat en tant qu'activité. Ceci va poser problème à l'heure du mercenariat « entrepreneurial » (5). En effet, seuls les individus, personnes physiques, pourront tomber sous l'empire de ces normes. Les personnes morales privées, comme les sociétés commerciales, ne sont pas intégrées à ce dispositif.

Globalement, la définition retenue repose sur cinq critères cumulatifs :

- le caractère privé et ponctuel de l'engagement ;
- la non-incorporation dans les forces armées d'un État ;
- l'élément d'extranéité ;
- la participation directe aux hostilités ;
- la motivation lucrative.

Le critère de la motivation lucrative va d'abord poser un problème au niveau de la preuve à rapporter. Même si l'article 47 du protocole de 1977 tente d'introduire un élément quantitatif supposé faciliter cette démonstration, le problème reste très complexe. Si les soldes des

armées régulières peuvent être facilement connues, il en va tout autrement des soldes versées aux mercenaires. Ces données sont relativement secrètes. Toutefois, la forme « entrepreneuriale » du mercenariat pourrait aller dans le sens d'une plus grande « transparence » des salaires. Cela pourrait, à terme, rendre plus opérationnel ce critère au niveau de l'administration de la preuve. Il faut souligner ici que le gouvernement de la Grande-Bretagne justifie, en partie, son refus d'adhérer à la convention internationale de 1989 par ces difficultés.

Le critère de la motivation individuelle va aussi poser un problème de fond. En effet, cette motivation est rarement univoque. On peut parler, comme le fait Éric David, de la « complexité des motivations de ceux que l'on nomme mercenaires » (6). Pour beaucoup de « mercenaires », l'argent seul ne suffit pas à expliquer leur engagement : le goût de l'aventure, la fuite psychologique, l'idéalisme politique peuvent jouer un rôle parfois déterminant. La distinction entre mercenaires et volontaires internationaux n'est pas toujours aisée.

L'élément d'extranéité va également soulever des difficultés. Les conflits modernes sont le plus souvent des conflits de nature intraétatique. Là, la question de la nationalité n'est plus forcément très pertinente. Le cas de la rébellion où le combattant s'engage aux côtés des forces irrégulières, essentiellement en fonction d'une motivation lucrative, n'est pas rare. Les entités étatiques ainsi « attaquées », constatant que les quatre autres critères sont réunis, seront tentées de qualifier l'individu de « mercenaire ».

S'agissant des formes nouvelles du mercenariat, d'autres difficultés s'ajoutent. Par exemple, le critère de la participation directe aux hostilités va poser problème. La forme « entrepreneuriale » du mercenariat privilégie l'expertise et l'encadrement. Dans certains cas, la distinction entre combattant actif et instructeur n'est pas facile. De plus, cet élément de définition est en contradiction avec l'évolution des pratiques. Le mercenariat moderne opère un changement important, en passant d'une analyse quantitative à une analyse qualitative. Ainsi, le client va rechercher un apport en termes de savoir-faire plutôt qu'en termes de « main-d'œuvre » combattante.

On peut également penser que le critère de l'engagement ponctuel va perdre de sa pertinence même si, pour l'instant les Sociétés Militaires Privées (SMP) fonctionnent sur la base

(3) Arabie Saoudite, Azerbaïdjan, Barbade, Biélorussie, Cameroun, Chypre, Costa Rica, Croatie, Géorgie, Italie, Jamahiriya arabe libyenne, Maldives, Mauritanie, Ouzbékistan, Qatar, Sénégal, Seychelles, Surinam, Togo, Turkménistan, Ukraine et Uruguay.

(4) Allemagne, Angola, Maroc, Nigeria, Pologne, République démocratique du Congo, République du Congo, Roumanie et Yougoslavie.

(5) Jean Marguin, « La privatisation des forces armées : une évolution inéluctable ? », *L'armement*, 2000, n° 69, pp. 144-150.

(6) Eric David, « Les mercenaires en droit international », *Revue belge de droit international public*, 1977 vol. 13.

de « catalogues » de personnels qu'elles sollicitent au grès des contrats.

A de nombreux égards, cette définition peut donc être qualifiée de « définition d'extraterritoriale ». Ce qui fait dire, avec ironie, à Geoffrey Best que « *tout mercenaire qui ne parviendrait pas à s'exclure de cette définition mérite d'être abattu, et son avocat avec* ». Cette difficulté va lourdement peser dans le débat sur l'existence d'une norme coutumière prohibant les activités mercenaires.

B. Le droit coutumier

Le Péruvien Enrique Bernales Ballesteros, rapporteur spécial des Nations Unies sur la « *question de l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'Homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* » depuis 1987, évoque, dans son rapport du 11 janvier 2001, l'existence d'un droit coutumier condamnant le recours à des mercenaires. Il reprend là une idée, énoncée plus clairement, dans son rapport du 13 janvier 1999 : « (...) *on peut affirmer, en l'absence de dispositions expresses ou en présence de dispositions lacunaires, qu'il existe un droit international coutumier qui condamne et interdit ce type d'activités [mercenaires] du seul fait de leur nature (...)* ».

L'article 38 du statut de la Cour Internationale de Justice se réfère expressément au droit coutumier en tant que droit applicable à la résolution des litiges. La coutume est alors définie comme « *preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit* ». Il faut donc la réunion de deux éléments : un élément matériel (une pratique répétée) et un élément psychologique (la conviction chez les sujets de droit qu'en agissant comme ils le font, ils se conforment non à un simple usage mais à une véritable règle de droit).

L'Assemblée Générale des Nations Unies, dans sa Résolution 2465 (XXIII) du 20 décembre 1968, déclare que « *la pratique consistant à utiliser des mercenaires contre les mouvements de libération nationale et d'indépendance est un acte criminel et que les mercenaires eux-mêmes sont des criminels hors-la-loi* ». Cette position sera reprise dans la Résolution 3103 (XXVIII) du 12 décembre 1973.

La condamnation répétée du mercenariat par l'Assemblée générale des Nations Unies ne fait donc aucun doute. Concernant l'élément psychologique, aucun État n'a cherché à légitimer ou justifier les activités mercenaires. Comme on le verra par la suite, les différents droits nationaux condamnent très souvent ces

pratiques. On peut donc penser que les États considèrent cette prohibition comme une véritable règle de droit et non comme un simple usage.

Malgré tout, le problème de la définition du mercenaire va sérieusement entraver l'avènement d'une coutume interdisant les activités mercenaires. D'après de nombreux États, dont la France, l'échec de la convention internationale de 1989 est en grande partie due à cette question. Il est clair que cela s'applique également à cette pseudo-norme conventionnelle prohibant le mercenariat. Nous sommes en présence d'une condamnation unanime mais sans définition communément admise. On peut donc tout au plus parler d'un « principe d'interdiction du mercenariat » mais en aucun cas d'une norme coutumière en tant que source de droit applicable à la résolution des litiges.

On le voit, le droit international n'ignore pas la problématique des activités mercenaires. Cependant, les instruments existant se révèlent peu efficaces du fait essentiellement d'un problème de définition. Il faut également remarquer que la cible principale est bien le mercenaire traditionnel. La question de l'assistance militaire privée ne peut pas être traitée par le biais des normes existantes.

II. LES APPROCHES NATIONALES

Nous n'étudierons ici que les pays qui jouent un rôle actif en matière de mercenariat, à savoir les États-Unis, l'Afrique du Sud et la Grande-Bretagne. Mais avant cela, il convient de remarquer que les approches nationales se veulent pragmatiques. Ainsi, elles distinguent généralement le mercenariat traditionnel de l'assistance militaire privée.

A. Les États-Unis

Concernant le mercenariat traditionnel, la section 959 du titre 18 du code américain stipule : « *quiconque, à l'intérieur du territoire américain, s'enrôle, s'engage, se loue ou invite un autre à s'enrôler ou à s'engager, ou se soustrait à la juridiction des États-Unis avec l'intention de s'enrôler ou de s'engager au service d'un quelconque prince, État, colonie, région ou peuple étrangers, (...), sera passible d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement de trois ans maximum ou des deux* ». L'inscription au titre 18 intitulé « *crimes and criminal procedure* » renforce la volonté de criminalisation de l'activité mercenaire.

On ne retrouve pas cette logique de prohibition en matière d'assistance militaire privée. La

section 8 de l'article 1er de la Constitution américaine énonce : « le Congrès aura le pouvoir de déclarer la guerre, d'accorder des lettres de marque et de représailles, et d'établir des règlements concernant les prises sur terre et sur mer ». Pendant la guerre d'indépendance, cette clause (*the Marque and Reprisal Clause*) permettait au Congrès d'émettre de telles lettres en échange desquelles des corsaires (*privateers*) pouvaient armer des flottes privées afin d'attaquer les lignes commerciales maritimes britanniques. Ces corsaires pouvaient conserver le butin, à condition que les opérations se soient déroulées conformément aux lettres émises. Si ce n'était pas le cas, les sommes d'argent placées en garantie par les *privateers* servaient au paiement des indemnités de réparation des préjudices subits par les propriétaires des navires. Certains juristes, et notamment Matthew J. Gaul (7), voient dans cette clause la base constitutionnelle des textes réglementant les activités des SMP.

La principale loi à cet égard est la loi sur le contrôle des exportations d'armes (*the Arms Export Control Act*). On la retrouve sous le chapitre 39 du titre 22 du code américain. Elle concerne aussi bien les matériels de guerre que les services. Dans un premier temps, la SMP désirent fournir un service militaire doit se faire enregistrer auprès du *Department of State's Office of Defense Trade Controls* (ODTC) en tant que société exportatrice. La SMP peut alors négocier avec le client, c'est-à-dire le gouvernement étranger. Dans un deuxième temps, le contrat final doit être soumis à l'approbation de l'OTDC. Pour prendre sa décision, il consulte le ministère de la Défense et la représentation américaine dans le pays, client potentiel. Finalement, comme l'écrit Olivier Hubac, les rapports qui lient l'État américain à ces sociétés prennent la forme d'une délégation de service public (8). A noter que le Congrès ne sera partie à ce processus que si le montant du contrat en question dépasse 50 millions de dollars.

Cette dernière remarque est très importante. Comme on l'a vu, la Constitution prévoit que la *Marque and Reprisal Clause* relève des pouvoirs du Congrès. On peut ajouter qu'en matière commerciale, la Constitution prévoit également que « le Congrès aura le pouvoir

de réglementer le commerce avec les nations étrangères, entre les divers États, et avec les tribus indiennes ». De la combinaison de ces deux sections, il ressort clairement que, constitutionnellement, c'est le Congrès qui est compétent pour réglementer la vente de services militaires par des sociétés privées. Pourtant, la procédure décrite ci-dessus ne lui laisse qu'une place relativement marginale : c'est le Département d'État, et donc le pouvoir exécutif, qui reste l'acteur principal. Plus généralement, le Congrès a délégué la régulation du commerce des biens et services de guerre au Président. Il conservait tout de même des pouvoirs importants, notamment par le biais du levier financier.

Toutefois, du fait de l'importance croissante des services militaires privés dans le contexte international de l'après-Guerre froide, le pouvoir exécutif dispose désormais d'un instrument de politique étrangère à très forte potentialité. Certains auteurs, qui se font l'écho de la volonté du Congrès, souhaitent réviser ce mécanisme en vu d'un rééquilibrage de l'ensemble.

B. L'Afrique du Sud

Le 26 février 1998, l'assemblée nationale sud-africaine a adopté le *Regulation Foreign Military Assistance Act*. Ce texte est souvent présenté comme une loi « anti-Executive Outcomes ». Ce n'est que partiellement vrai. Les opérations menées par cette société n'ont pas toujours facilité les actions diplomatiques de l'Afrique du Sud et la loi de 1998 entendait remédier à ce problème. Toutefois, d'autres considérations ont été prises en compte. L'Afrique du Sud, du fait de ses liens avec certains États peu « fréquentables » (Syrie, Libye, Cuba, Soudan, Irak) et de ses exportations d'armes controversées (notamment vers le Rwanda et l'Algérie), a irrité bon nombre de pays de la communauté internationale. Les États-Unis faisaient partie de ceux-là. La démarche sud-africaine avait donc pour objectif principal d'améliorer l'image du pays en affichant une évidente bonne volonté.

L'article 2 de la loi interdit à « tout citoyen ou résident d'Afrique du Sud de recruter, d'entraîner des personnes en vu d'activités mercenaires ou de financer ces activités », les activités mercenaires étant définies comme une participation directe, en tant que combattant, dans un conflit armé, contre un gain privé. Cet article concerne le mercenariat « traditionnel ».

C'est avec l'article 3 que la question du mercenariat moderne est abordée. Il prohibe par principe « l'assistance militaire à l'étranger ». La

(7) Matthew J. Gaul, « Regulating the new privateers : private military service contracting and the modern marque and reprisal clause », *Loyola of Los Angeles Law Review*, juin 1998, pp. 1489 et s.

(8) Olivier Hubac, *Puissances et influences 2002*, Paris, éditions Descartes, mai 2002.

définition de cette notion est très large. Elle comprend la logistique, le support en termes de personnels et de finances, l'assistance des services de renseignement, l'assistance opérationnelle, les conseils et la formation, le recrutement de personnel, les services médicaux et paramédicaux, l'acquisition de matériel pour le compte d'un organisme (officiel ou non) dans le cadre d'un conflit, les moyens de sécurité destinés à renverser un gouvernement ou à miner l'ordre constitutionnel, la souveraineté ou l'intégrité territoriale d'un État. Elle comprend également toute autre action servant les intérêts militaires d'un organe au regard d'un conflit armé, à l'exclusion des activités humanitaires ou civiles destinées à soulager les difficultés des civils se trouvant dans une zone de conflit armé.

Si le principe est la prohibition, un régime dérogatoire est mis en place avec les articles 4 et 5. Dans un premier temps, l'entreprise souhaitant fournir ce type de services doit obtenir une « habilitation » émanant du gouvernement sud-africain. Dans un deuxième temps, elle doit solliciter l'autorisation de conclure le contrat avec le client. L'organe clé de cette procédure est le *Comité National de Contrôle des Armes Conventionnelles* (9). En s'appuyant sur les critères énoncés à l'article 7, il doit se prononcer sur la compatibilité de l'opération commerciale envisagée avec les intérêts de la République d'Afrique du Sud. Pour Léo Conradie, ministre plénipotentiaire de l'ambassade d'Afrique du Sud à Paris, ce comité « ne donne pas son soutien mais un accord » au contrat (10).

Toutes ces dispositions sont accompagnées d'un système de sanctions : une amende pouvant aller jusqu'à un million de rands et/ou dix ans d'emprisonnement.

Nous sommes donc en présence d'une démarche qui se veut avant tout pragmatique. L'approche choisie par l'État sud-africain n'est pas l'interdiction pure et simple mais une régulation de l'assistance militaire privée.

C. La Grande-Bretagne

La Grande-Bretagne est l'un des premiers États à s'être préoccupé des questions relatives au mercenariat. Cela a pris la forme d'un texte : le « *Foreign Enlistment act* » de 1870. Il sanc-

tionne le recrutement sur le territoire national mais aussi le recrutement par des ressortissants britanniques à l'étranger. Toutefois, du fait du contexte historique (le conflit franco-prusse), l'objectif principal de cette loi reste la protection de la neutralité de la Grande-Bretagne.

La question de l'assistance militaire privée est plus délicate. Alors qu'une société comme Sandline est partiellement britannique, il n'existe aucun texte relatif au mercenariat moderne. Suite au scandale de la violation par cette société de l'embargo sur les armes en Sierra Leone, une commission parlementaire fut mise en place. L'enquête, rendue publique en février 1999, a démontré que cette opération avait reçu le soutien du Foreign Office et du MI6 (11). C'est dans ce contexte que le livre blanc sur la régulation des SMP a été publié en février 2002. Celui-ci met en avant les différentes options possibles concernant ce type de service, de l'interdiction pure et simple à un système de licence en passant par l'autorégulation. La réflexion est donc entamée et l'on devrait bientôt arriver au vote d'un texte clarifiant la situation. Il n'est pas improbable que l'on aboutisse à un système à l'américaine. Les approches nationales, malgré quelques différences, sont assez semblables : interdiction du mercenariat traditionnel (même si les textes sont rarement mis en œuvre) et régulation de l'assistance militaire privée (dans la même logique que les transferts d'armements). Qu'en est-il de l'approche française ?

III. VERS UN MODÈLE A LA FRANÇAISE ?

À l'heure actuelle, la notion de mercenaire est une notion inconnue en droit pénal français. Néanmoins, la question est traitée de façon indirecte par trois types de dispositions.

Tout d'abord, les articles 412-7 et 413-1 du Code Pénal sanctionnent le fait de « déboucher » des membres des forces armées françaises. La question de l'engagement individuel n'est pas abordée. Il faut également citer, dans le cadre des dispositions pénales, l'article 113-6 du Code Pénal sur lequel repose la théorie de la personnalité passive par laquelle la loi pénale française s'applique à des crimes commis par des ressortissants français à l'étranger.

Ensuite, des dispositions du Code Civil peuvent également intéresser ce problème. L'application

(9) Le National Conventional Arms Control Committee a été créé par une décision du 18 août 1995.

(10) Léo Conradie, *Le boom du mercenariat : défi ou fatalité*, actes du colloque organisé à l'Assemblée Nationale le 30 novembre 2000, Lyon, Damoclès n°89, 2001, 87 p.

(11) Jean-Philippe Daniel, *La politique militaire de la France au sud du Sahara, du discours de la Baule à l'opération Hadès : du désengagement à la privatisation ?*, mémoire de DEA, Université de Paris I, 2000.

des articles 23-8 et 25 du Code Civil peuvent aboutir à la perte de la nationalité française pour les mercenaires.

Enfin, l'article 35 de la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires interdit aux militaires en activité d'exercer « à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit ». Il soumet également à un contrôle, durant une période de cinq ans, les militaires ayant cessé leur activité.

Malgré tout, l'ensemble de ces dispositions n'interdit pas aux anciens militaires français l'exercice d'activités lucratives pour le compte de sociétés ou d'autorités publiques étrangères.

Concernant l'assistance militaire privée, nous sommes face à un véritable vide juridique.

Tout cela pourrait rapidement changer du fait du projet de loi relatif à la répression de l'activité de mercenaire déposé le 3 avril 2002. Ce texte prohibe le mercenariat traditionnel en reprenant la définition déjà vue de la convention du 4 décembre 1989. Mais il va plus loin avec le futur article 436-2 du Code Pénal qui élargit l'incrimination aux personnes morales. Une lecture audacieuse (?) de cet article pourrait conduire à l'interdiction des SMP.

Si la prohibition du mercenariat traditionnel n'appelle pas de commentaires supplémentaires, l'interdiction des SMP est plus discutable. D'autres solutions étaient envisageables. A ce titre, on pouvait imaginer une adaptation de la législation actuelle sur les matériels de guerre. En France, celle-ci repose sur le décret-loi du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions. Ce texte met en place un système de contrôle très strict des exportations d'armements. L'autorisation d'exportation est donnée par les services du Premier ministre, après avis de la Commission interministérielle pour l'étude des exportations de matériels de guerre (CIEEMG). Dans les faits, l'avis de la CIEEMG est quasiment toujours suivi. Pour prendre sa décision, cette commission se base sur un certain nombre de critères (le respect des engagements internationaux, le risque militaire, la politique étrangère de la France, les risques de détournement, la capacité économique du pays acheteur et la compatibilité avec le plan d'exportation du ministère de la Défense.

Adapter ce système à la vente de services relève de l'approche américaine. Cependant, la notion de « services de défense » ou de « services de guerre » n'existe pas en droit français. Il faudrait donc la définir. Ces services vont du conseil opérationnel et stratégique à la fourniture de matériel en passant par l'assis-

tance technique et la formation. Il s'agit donc de services visant à augmenter les capacités militaires du client.

On le voit, avec quelques aménagements les contrats des SMP pourraient être soumis à la procédure CIEEMG. Toutefois, certaines difficultés pourraient apparaître. Pratiquement, un des arguments commerciaux des SMP est la rapidité de mobilisation des savoir-faire. Les délais dus à la procédure CIEEMG pourraient s'avérer pénalisant pour ces sociétés. D'autre part, l'examen en commission est fondé sur des critères essentiellement politiques. L'accord donné ou non aux exportations est donc une décision politique majeure. Cette procédure, appliquée aux services, aboutirait à un accord (ou à un désaccord) rapidement assimilé à un soutien (ou un refus de soutien) de la part du gouvernement français. On se trouve alors dans une logique qui relève de l'assistance militaire étatique traditionnelle.

Une procédure spécifique aux SMP serait donc souhaitable. Celle-ci devra privilégier l'approche commerciale. Le contrôle exercé par l'État pourrait prendre la forme d'une autorisation de négociation. De cette manière, l'État autorise ou non la SMP à négocier avec le client. L'économie générale du contrat restant hors de portée de ce contrôle. Un tel dispositif permettrait à l'État de réguler un aspect essentiel du contrat (le choix du client) sans pour autant s'engager trop fortement au niveau politique. Cette autorisation pourrait être délivrée par le biais d'une procédure interministérielle regroupant principalement le ministère de la Défense et le ministère des Affaires étrangères.

On aurait pu également imaginer une intervention étatique au sein de la relation client-fournisseur. Celle-ci est caractérisée par une obligation de moyen améliorée comme nous le prouve le contrat liant Sandline à l'État de Papouasie-Nouvelle Guinée. Celui-ci énonce clairement que, sous une condition de preuve, le fait de ne pas atteindre les objectifs militaires n'entraîne pas l'inexécution de l'obligation juridique. Il n'y a donc pas d'obligation de résultat. Par contre, c'est au débiteur d'apporter la preuve que les moyens militaires fixés contractuellement n'étaient pas suffisants : c'est pour cette raison que nous parlons ici d'obligation de moyen améliorée. Une intervention étatique pourrait viser à la sécurisation du client en imposant un contrôle de l'exécution du contrat. On peut imaginer trois modalités de contrôle :
— suivi des activités sur le terrain par un représentant de l'État;

— suivi des activités par le personnel de l'ambassade de France dans le pays où est exécuté le contrat;

— présence d'un représentant de l'État au comité de surveillance du prestataire de service.

La principale difficulté va être de trouver un compromis permettant un contrôle efficace sans entraver l'efficacité des opérations. La meilleure solution semble résider dans la combinaison des deux dernières options.

Une action au niveau des modalités de financement aurait également pu être envisagée. En effet, cette question est source de nombreux débats. Le paiement en nature, par le biais de concessions sur les ressources naturelles, est souvent dénoncé. Il faut d'abord noter que le prestataire peut refuser ce type de financement. C'est le cas de MPRI par exemple. Toutefois, l'État d'origine de la SMP, en l'espèce la France, pourrait être plus directif et exiger,

au niveau des autorisations préalables vues précédemment, un paiement en liquidité. L'assainissement des financements permettrait sans doute de pérenniser ces activités. On pourrait imaginer à terme, en ce qui concerne les services d'assistance militaire, des procédures de financement proches de celles utilisées en matière de matériel de guerre (procédure coface). Une telle approche apporterait des garanties au client et au prestataire de service. Ces solutions techniques ne sont bien évidemment que des esquisses mais elles montrent bien qu'au final, le choix est avant tout politique. On peut ainsi s'interroger sur la profonde divergence entre Londres et Paris. Même si cette question dépasse largement notre cadre d'étude, il est nécessaire de se demander si la France n'est pas en train de se priver d'un outil de politique étrangère qui pourrait encore se développer dans les années à venir.

A. P.