LA RESPONSABILITÉ DES MILITAIRES FRANÇAIS EN OPÉRATIONS

par

Xavier LATOUR

Maître de conférences de droit public à l'Université René Descartes-Paris 5
Rédacteur en chef de la Revue Droit et Défense

« *Ceux qui prennent le glaive périront par le glaive* » (1). Avant de craindre une justice divine, les militaires ne doivent-ils pas surtout craindre la justice des hommes ?

Par nature, les activités de combat des militaires sont dommageables. L'utilisation de la force au nom de l'Etat, et donc légitimée par lui, implique inévitablement de provoquer des préjudices. Ces derniers sont subis par l'ennemi mais, également, par des civils étrangers aux affrontements. Derrière ce qui est pudiquement qualifié de dommages collatéraux, se cachent toujours des personnes blessées, tuées ou ruinées. Est-il possible d'accepter ces dommages au nom d'un principe aussi connu qu'inique selon lequel la fin justifierait les moyens ? En d'autres termes, l'action armée au service des intérêts de l'Etat ou de la communauté internationale avec, par exemple, en ligne de mire le rétablissement de la paix ou l'intervention d'humanité, dispenserait-elle le militaire de rendre des comptes ? Le service dans l'armée d'un Etat démocratique confère-t-il une impunité totale ou partielle ?

Parce que la France est un Etat de droit et parce qu'elle a accepté, souverainement, de se soumettre aux règles du droit international public, il est évident qu'aucun serviteur de l'Etat ne doit échapper à différentes formes de contrôle, y compris lorsqu'il a accepté de se sacrifier pour la collectivité. Même si ses missions sont particulières, le militaire est avant tout un agent de l'Etat. Or, en vertu de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, « *la société a le droit de demander des comptes à tout agent public de son administration* ». Conformément aux principes de la responsabilité, le militaire, comme les autres, doit assumer les conséquences de ses actes.

Cela revêt plusieurs formes. Selon les cas, l'agent subira une sanction disciplinaire et/ou une sanction pénale. Tandis que la collectivité aura affirmé son pouvoir de sanction, la victime en retirera sans doute une satisfaction morale. Elle pourra aussi rechercher une indemnisation devant le juge civil ou le juge administratif.

Le droit international s'est rapidement emparé de ces problèmes comme en témoigne l'affaire dite du *Lotus* jugée par la Cour permanente de justice internationale, en 1927 (2). De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion d'insister sur l'obligation pour les autorités de l'Etat de respecter le droit à la vie et, par conséquent, d'encadrer l'usage de la force par les principes de nécessité et de proportionnalité (3). L'Union européenne sera bientôt confrontée au problème sous l'effet du développement des opérations placées sous sa responsabilité et dès que celle-ci aura une personnalité juridique (4). En droit français, les exemples ne manquent pas pour illustrer les dommages causés par des militaires en dehors des actions de combat. Les accidents de la route causés par des véhicules de l'armée, les dommages provoqués par des dépôts de munitions, les blessures infligées par des armes alimentent notamment et depuis longtemps les prétoires. Dans toutes ces hypothèses, les solutions juridiques sont connues. Le droit administratif de la responsabilité offre, par exemple, des réponses désormais bien établies en matière de faute de service ou de faute personnelle, de faute lourde ou simple ou encore de responsabilité sans faute.

En revanche et à juste titre, le militaire s'inquiète de son sort lorsqu'il accomplit ses fonctions dans des conditions supposant l'usage

(1) Evangile de Matthieu, 24-53.

(2) CPIJ 7 septembre 1927. Un navire français avait coulé un navire turc en haute mer. A l'occasion d'une escale en Turquie, les autorités turques décidèrent de poursuivre l'officier responsable de l'accident en vertu d'une règle coutumière ce qui la CPIJ admit. Très controversée à l'époque, cette solution n'est plus celle du droit positif.

(3) CEDH 27 septembre 1995, *Mc Cann c/ Royaume-Uni.*

(4) En attendant, faute de personnalité juridique claire seule une transposition de la jurisprudence de la CIJ est envisageable (avis consultatif du 11 avril 1949, réparation des dommages subis au service des Nations unies, Rec. 174).

d'un degré variable de force, en particulier lorsqu'il intervient sur un théâtre d'opérations extérieures et dans des conditions très variables. Cette préoccupation, partagée dans tous les Etats envoyant régulièrement leurs troupes en opérations extérieures, s'est accentuée avec la professionnalisation des armées. En plus de mettre fin au régime de responsabilité attaché à la conscription (5), la professionnalisation est surtout concomitante d'une redéfinition plus ou moins précise des missions assumées par les militaires dans un environnement juridique en mutation.

Si la mission première du militaire professionnel est toujours d'assurer la défense du territoire national, force est de constater, qu'en pratique, les interventions se font à l'étranger dans le cadre d'opérations découlant, en règle générale, d'un mandat de la communauté internationale ou, dans certains cas, d'un accord liant la France à un Etat d'accueil. Dans ce contexte, le militaire n'est plus confronté à une situation de guerre au sens de l'article 35 de la Constitution, mais bien à ce qui ressemble de plus en plus à des opérations de police internationale effectuées en situation de crise pour laquelle les textes manquent. Qu'il s'agisse de faire de l'interposition, du maintien de l'ordre (6), du rétablissement de la paix, de l'aide aux réfugiés ou, plus traditionnellement, de l'évacuation de nationaux, les armées sont conduites à employer la force. Néanmoins, dans tous les cas et quel que soit le bien-fondé de l'intervention, la légalité d'un mandat ou d'un ordre, les interventions s'accompagnent de dommages aux biens, aux personnes, à l'environnement...

Les dommages causés soulèvent alors des questions de droit. Tout incite, en effet, à appréhender les opérations armées sous l'angle juridique. Dans une société qui tolère de plus en plus en mal l'irresponsabilité et a même tendance à rechercher un bouc émissaire, la règle de droit est conçue pour encadrer, dissuader, sanctionner, y compris des actes accomplis dans des circonstances délicates, parfois même exceptionnelles et au surplus motivés par des intérêts supérieurs à défaut d'être toujours légitimes. Aux dispositions du Code pénal relatives aux infractions de droit commun ou aux crimes de guerre (7), [sans même évoquer le crime contre l'humanité dont on voit mal des militaires français se rendre coupables (8)] s'ajoutent celles des conventions internationales constitutives du *jus in bello* (9). Des conventions de La Haye (1907) ayant pour finalité la limitation des moyens et des méthodes de combat aux conventions de Genève (1949) à finalité humanitaire, les opérations armées ne sont plus théoriquement laissées sans limites. Parallèlement, l'appareil judiciaire est lui-même organisé pour mieux fonctionner. Si pendant longtemps, le juge national a été le seul compétent, grâce à la Cour pénale internationale (CPI) une justice internationale émerge à nouveau soixante ans après les tribunaux ayant jugé les crimes de la Seconde Guerre mondiale. De plus, des Etats admettent leur compétence universelle en matière de violation du droit des conflits armés.

Quelles peuvent être les conséquences non pas pour l'Etat mais pour le militaire lui-même de cette tendance à la responsabilisation ? Alors que les opérations sont initiées par les Etats, ces derniers disparaissent du domaine de la responsabilité faute d'admettre en droit international la notion de crime d'Etat. Par conséquent, le militaire doit-il individuellement et réellement craindre d'être poursuivi devant les juges nationaux ou devant le juge pénal international, surtout lorsqu'il ne fait qu'appliquer les ordres ? La règle de droit, en voulant être protectrice des droits de l'homme, ne va-t-elle pas devenir une source de retenu excessive, voire de paralysie aboutissant à des effets contre-productifs et conduisant le militaire à assimiler le droit à un obstacle ? Le véritable problème est bien celui de concilier l'efficacité et la justice alors que les militaires « *attendent avec juste raison une couverture sans faille des risques* » (10) auxquels ils sont exposés.

Les réponses à ces questions passent par l'analyse d'une responsabilité traditionnelle devant le juge national (I) et d'une responsabilité en devenir devant les juges extra-nationaux (II).

(5) Les appelés du contingent, lorsqu'ils subissaient un dommage, bénéficiaient d'une responsabilité sans faute de l'Etat au profit des collaborateurs des services publics (CE 21 juin 1895, *Cames*, Rec. 509) tandis que le forfait de pension a été supprimé en 1983.
(6) M. Forteau, « La situation juridique des contingents militaires français chargés d'assurer le maintien de l'ordre public sur le territoire d'un Etat étranger », *RGDIP* 2003/3, p. 635.

(7) Ordonnance du 28 août 1944.
(8) Pour un exemple récent de refus d'information du chef de crime contre l'humanité pendant la guerre d'Algérie, voy. Cass. Crim., 17 juin 2003, *MRAP*, *JCP* 17 septembre 2003, II.10146, note Roulot.
(9) Voy. E. David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant 2002, 994 pages.
(10) R. Denoix de Saint Marc (sous la direction de), *Rapport de la commission de révision du statut général des militaires*, La Documentation française, 2003, p. 11.

I. **Une responsabilité traditionnelle devant le juge national**

La France n'a pas attendu ni de se doter d'une armée professionnelle, ni de favoriser l'apparition d'une justice internationale pour élaborer un droit de la responsabilité applicable aux militaires. Bien qu'effectuant des missions particulières, ceux-ci sont soumis très largement au droit commun progressivement établi à partir du XIX[e] siècle. L'observateur remarque ainsi l'existence de fondements variés (A) laissant penser que la responsabilité des militaires en opérations peut être aisément engagée. Néanmoins, au-delà des apparences et comme le prouve une jurisprudence peu abondante (11), il semble bien qu'il existe des possibilités d'exonération (B).

A. ***Des fondements variés***

Le droit français offre la possibilité de rechercher la responsabilité du militaire sur deux fondements différents : le droit civil et le droit pénal. Toutefois, compte tenu de la participation des militaires à l'exercice de la puissance publique, le droit administratif présente aussi un intérêt certain.

Comme le souligne le *Manuel de droit des conflits armés* élaboré par le ministère de la Défense, le premier fondement de la responsabilité est le Code civil. Comme n'importe quel autre individu, le militaire est civilement responsable des dommages qu'il cause à autrui (12). Cette forme de responsabilité est autonome par rapport aux autres, ce qui implique qu'elle n'est pas conditionnée par l'existence d'une responsabilité pénale.

Cependant, le militaire agissant au nom de l'Etat, c'est en règle générale ce dernier qui endosse la responsabilité des actes de son agent, à condition que celui-ci n'ait pas commis de faute personnelle. Ainsi, alors qu'à l'origine un comportement individuel devrait justifier l'existence d'une responsabilité civile, il est le déclencheur d'une action dépersonnalisée. En pratique, la victime pour des raisons compréhensibles de solvabilité a le plus souvent tendance à poursuivre l'Etat plutôt qu'une personne. Néanmoins, l'existence de la responsabilité de l'Etat n'exclut pas des actions récursoires contre l'auteur du dommage afin d'obtenir une juste répartition de la charge de l'indemnisation (13).

Bien avant l'apparition d'une justice pénale internationale, le juge pénal français a vu sa compétence reconnue à l'égard des militaires. Si l'organisation de la justice dont relèvent les militaires a profondément évolué (14), les fondements juridiques sont, quant à eux, stables. Même s'ils font l'objet d'une nouvelle numérotation depuis le code pénal de 1994, les principes sont toujours ceux de l'application de la loi pénale aux infractions commises sur le territoire de la République (15) comme, dans une certaine mesure, celles qui sont commises en dehors du territoire (16). Cela englobe les crimes et délits contraires au droit des conflits armés et prend un relief particulier en raison de l'existence des SOFA (*Statut of Force Agreement*) conclus entre la France et l'Etat d'accueil des troupes afin de les faire échapper à la compétence du juge étranger pour les soumettre à celle du juge français. Cette immunité accordée aux soldats français couvre, en règle générale, les comportements assimilables à des fautes de service, la faute personnelle pouvant relever du juge local. Une logique comparable guide aussi la rédaction des accords de coopération militaire à plus forte raison lorsque la peine de mort est susceptible d'être prononcée dans l'Etat d'accueil.

A l'instar de la responsabilité civile, la responsabilité pénale est autonome. L'existence ou l'inexistence d'une sanction pénale n'exclut pas des poursuites disciplinaires internes aux armées, ni même la recherche d'une responsabilité administrative. En effet, la responsabilité administrative peut venir s'ajouter à la responsabilité pénale du militaire bien qu'une faute pénale ne soit pas nécessairement synonyme de faute au sens de la responsabilité administrative.

Si la responsabilité administrative intéresse davantage l'Etat que le militaire, le droit admi-

---

(11) Pour un exemple, voir l'affaire évoquée par D. Moulis, « Gens d'armes et métiers d'armes », ce numéro.

(12) Article 1382 c. civil : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ».

(13) CE 28 juillet 1951, *Laruelle et Delville*, Rec. 464, *GAJA* n° 72.

(14) La justice militaire a disparu en temps de paix depuis la loi du 21 juillet 1982. Les militaires relèvent désormais des juges de droit commun (articles 697 et 697-1 c. proc. pén.) La justice militaire persiste, en revanche, en temps de guerre. Voy. Nicole Guimezanes, « L'organisation de la justice militaire en France », *Droit et Défense* 2001/1, p. 3.

(15) Article 113-2 c. pén. : « *La loi pénale est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire* ».

(16) Article 113-6 c. pén. : « *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* ».

nistratif permet d'éclairer la question cruciale de l'emploi de la force. Ainsi, les armées ont progressivement rédigé des règles encadrant leurs actions sur le terrain. Celles-ci, appelées règles d'engagement et de comportement (RE), doivent limiter autant que possible les risques de dérapage dans l'emploi de la force et donc de poursuites ultérieures devant le juge. Elles permettent aussi de faciliter les opérations extérieures, surtout lorsqu'elles sont multinationales. Dans ce cas, elles donnent aux armées un cadre commun. Les règles d'engagement sont plus précisément définies par l'OTAN comment étant des *« directives provenant d'une autorité militaire compétente et précisant les circonstances et les limites dans lesquelles les forces pourront entreprendre et/ou poursuivre le combat »* (17). Les règles de comportement sont, quant à elles, *« les directives provenant d'une autorité militaire compétente qui traduisent le cadre politico-militaire et l'esprit avec lesquels une action militaire doit être appréhendée, afin de déterminer l'attitude générale qu'il s'agit d'adopter en toutes circonstances »* (18). Le *Manuel de droit des conflits armés* évoque, pour sa part, des *« instructions »* de l'autorité politique ou militaire constituant une définition des circonstances et des limitations d'emploi de la force. Sans entrer dans un débat sur la valeur juridique de ces règles qui dépasserait le cadre de cette étude, il convient de souligner les termes simples de l'alternative. Soit les RE sont assimilables à un acte décisoire, ou selon le Professeur Pierre Delvolvé *« un acte juridique adopté unilatéralement par une autorité administrative, portant sur l'ordonnancement juridique et affectant les droits ou les obligations des tiers sans leur consentement »* (19), soit ils n'en sont pas.

Si les arguments en faveur de l'une ou l'autre thèse ne manquent pas, il semble néanmoins permis de privilégier l'hypothèse selon laquelle, les RE seraient des actes de nature réglementaire. La récente jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux circulaires réglementaires apporte, en effet, un élément nouveau puisque le critère retenu est celui du caractère impératif ou non de la circulaire (20). Or, il ne fait aucun doute que bien qu'interprétant des normes d'origine interne ou externe relatives, par exemple, au droit des conflits armés, les RE s'imposent aux militaires conformément à l'article 15 du Statut général des militaires (21). Par ailleurs, elles ne paraissent pas non plus devoir entrer dans la catégorie floue des actes de gouvernement (22). Tandis que leur contenu diplomatique est peu marqué, elles sont vraisemblablement détachables des relations internationales en organisant unilatéralement l'action d'agents de l'Etat. Or de l'obéissance ou de la désobéissance aux RE dépend la responsabilité du militaire et les exonérations envisageables.

B. *Les possibilités d'exonération*

L'individu dont la responsabilité est recherchée tentera logiquement de s'en exonérer ou de l'atténuer. Il pourra pour cela compter sur différents moyens comme en témoigne, par exemple, l'article 16-1 (23) de la loi 96-1111 du 19 décembre 1996 modifiant le statut général des militaires ou encore l'article 121-3 du code pénal tel qu'il résulte de la loi Fauchon du 10 juillet 2000.

Malgré leur caractère traditionnel, les règles d'exonération ou d'atténuation (légitime défense, ordre de la loi...) nécessitent d'être confrontées aux règles d'engagement. En apparence l'assimilation des RE à un acte décisoire autoriserait l'application de l'article 122-4 (24) du code pénal. Néanmoins, cette possibilité particulièrement protectrice des intérêts du militaire se heurte à plusieurs incertitudes.

Dans l'hypothèse d'une assimilation des RE aux circulaires impératives et dans la suite logique de la jurisprudence relative aux circulaires à caractère réglementaire, le juge pénal

(17) Glossaire OTAN de termes et définitions d'usage militaire. Voir, *Standing rules of engagement for US forces*, document dactyl., 15 janvier 2000.
(18) Glossaire interarmées des termes et expressions relatifs à l'emploi opérationnel des forces, septembre 1999.
(19) Pierre Delvolvé, *L'acte administratif*, Paris, Sirey, 1983, p. 11.
(20) CE Sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, *AJDA* 17 mars 2003, p. 487, chron. Donnat et Casas.

(21) *« Les militaires doivent obéissance aux ordres de leurs supérieurs... »*.
(22) Sur ce point voir Paul Duez, *Les actes de gouvernement*, Paris, Sirey, 1934; Michel Virally, « L'introuvable acte de gouvernement », *RDP* 1952, p. 317; René Chapus, « L'acte de gouvernement monstre ou victime ? », *D.* 1958, chron., p. 5; Pierre-Henri Chalvidan, « Doctrine et acte de gouvernement », *AJDA* 1982, p. 4; Pierre Serrand, *L'acte de gouvernement*, thèse Paris II, 1996, 772 pages, dactyl.
(23) Article 16-1 : *« Les militaires ne peuvent être condamnés sur le fondement du troisième alinéa de l'article 121-3* (sur les délits commis en raison d'imprudence) *du Code pénal pour des faits non intentionnels commis dans l'exercice de leurs fonctions que s'il est établi qu'ils n'ont pas accompli les diligences normales, compte tenu de leurs compétences, du pouvoir et des moyens dont ils disposaient ainsi que des difficultés propres aux missions que la loi leur confie »*.
(24) Article 122-4 : *« n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires. N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal »*.

français sera dans l'incapacité de s'y référer. En effet, en raison de l'existence du principe de séparation des ordres de juridiction, de l'autonomie du droit pénal et de la complexité de la jurisprudence administrative en matière de circulaire, le juge judiciaire refuse de distinguer les circulaires réglementaires des circulaires interprétatives (25). Selon les juridictions civiles et pénales (26), il n'existe qu'une seule catégorie de circulaire : les circulaires interprétatives. Elles demeurent des mesures purement internes à l'administration. Ainsi, l'assimilation des RE à une circulaire placera le militaire dans une situation précaire à l'égard du juge pénal. Le militaire sera dans l'incapacité d'invoquer la RE comme étant un fait justificatif (27) assimilé, en l'espèce, à un ordre de la loi ou du commandement.

En outre, le fait justificatif doit émaner d'une autorité légitime française. Logiquement, la loi étrangère est dépourvue d'effet exonératoire. Dans ces conditions, le soldat français appliquant les ordres d'officiers supérieurs alliés mais étrangers perdrait une chance sérieuse d'assurer convenablement sa défense sauf à considérer que le placement sous l'autorité d'officiers alliés est la conséquence d'un ordre des autorités supérieures françaises. Il conviendrait, par ailleurs, que les RE invoquées soient réellement utilisables par le juge. Or ces règles sont rarement publiées en raison de leur degré de confidentialité. Dès lors, parce qu'une connaissance officieuse ne suffit pas, une déclassification ponctuelle totale ou partielle s'imposerait. Les autorités françaises ou celles de l'OTAN le souhaiteront-elles ?

Enfin, dans l'hypothèse d'une illégalité connue de la RE, le soldat aura dû être dans l'incapacité totale ou partielle d'y désobéir (28). En effet, depuis la mise en place de la justice pénale internationale à la fin de la Deuxième guerre mondiale, il est bien admis que le militaire peut invoquer le commandement de la loi ou de l'autorité pour s'exonérer, mais à la seule condition qu'il n'ait pas eu la liberté morale de choisir de désobéir ou non. Or, cette nécessité est appréciée très strictement par le juge pénal international, en sera-t-il de même pour le juge français ? Dans le prolongement du principe des « baïonnettes intelligentes », le commandement de la loi ou de l'autorité ne joue que dans deux cas :

— l'ordre légal ou dont l'illégalité n'était pas manifeste, ce qui n'est d'ailleurs pas aisé à apprécier. De ce fait, le commandement de la loi ou de l'autorité ne concerne pas les cas d'actes inhumains, catégorie englobant : les crimes contre l'humanité (articles 211-1 à 212-3 Code pénal) ainsi que les tortures ou les actes de barbarie (articles 222-1 à 6 Code pénal) et les viols (article 222-23 à 26). Ces infractions conservent en toutes circonstances leur caractère contraire au droit;

— l'ordre manifestement illégal, mais pour lequel l'exécutant n'avait pas véritablement de choix entre l'appliquer ou risquer la mort ou un dommage grave. Sur ce dernier point, d'interprétation subjective, le Tribunal de Nuremberg a eu l'occasion de préciser que le dommage encouru en n'exécutant pas l'ordre doit être aussi important que celui causé par son exécution.

Si les RE sont à étudier au regard de l'usage de la force essentiellement dans une situation de combat classique et pour des interventions extérieures, une autre piste mérite d'être explorée pour les militaires intervenant de plus en plus dans des opérations relevant du maintien de l'ordre.

La Marine et la Gendarmerie sont les seules à bénéficier d'un cadre juridique propre. Ainsi, la loi du 15 juillet 1994 (29) organise les *modalités de l'exercice par l'Etat de ses pouvoirs de contrôle en mer.* De son côté, la Gendarmerie bénéficie de l'article 174 du décret du 20 mai 1903 reconnaissant aux officiers, gradés, gendarmes, le droit de tirer dans certaines circonstances et lorsqu'ils sont en tenue militaire (30). En pratique, ces dispositions ont longtemps été assimilées à une véritable garantie d'irresponsabilité accordée aux gendarmes usant de leur arme (31). De toute évidence, cette protection accordée aux gendarmes vise à ne pas entraver leur action sur le terrain en les mettant à l'abri de poursuites pénales trop fréquentes. Le risque est, en revanche, de déresponsabiliser l'individu et de refuser à la victime la contrepartie morale d'un sanction pénale. Pour cette raison, la chambre criminelle

(25) Voy. C. Blumann, « L'application des circulaires administratives par le juge judiciaire », *AJ* 1972, pp. 263-283.
(26) Cass. Crim, 18 juin 1969, *Balestas*, *JCP* 1970.II.16531, note Despax.
(27) Voy. J.-P. Delmas Saint-Hilaire, « Faits justificatifs : généralités, ordre de la loi », *Jurisclasseur droit pénal*, art. 122-4.
(28) La loi impose un devoir de désobéissance aux civils (article 28 de la loi n° 83-634 portant droits et obligations des fonctionnaires).
(29) Loi 1994-589.
(30) Circulaire de la direction générale de la gendarmerie nationale du 11 mai 1987.
(31) Cass. 1er août 1978 : la Cour a approuvé la relaxe d'un gendarme ayant fait usage de son arme pour maîtriser une situation dangereuse (dans le même sens, CA Paris, 6 juin 1963, *D.* 1964, p. 276).

de la Cour de cassation a opéré une meilleure conciliation de ces intérêts divergents. Ainsi, dans un arrêt du 18 février 2003 (32), la haute juridiction a mieux encadré l'utilisation des armes en s'appuyant sur l'état de nécessité (33) (article 122-7 du Code pénal) caractérisé par un danger rendant l'acte nécessaire. Le choix est intéressant puisque d'une part, l'état de nécessité est soumis à des conditions nettement moins rigoureuses que celles de la légitime défense (34) alors que d'autre part, l'autorisation d'ouvrir le feu est mieux encadrée. Depuis 1945, la direction de la Gendarmerie avait elle même anticipé cette évolution jurisprudentielle en demandant, par circulaire, aux gendarmes d'user de leur arme avec mesure et discernement sous peine de sanctions disciplinaires sévères.

Sans évoquer explicitement le dispositif relatif à la gendarmerie, la Commission présidée par M. Denoix de Saint Marc et chargée de réfléchir à la révision du statut des militaires paraît s'en inspirer (35).

Lorsqu'une action en indemnisation est envisagée par une victime, celle-ci est amenée à manier les subtilités des différents degrés de faute personnelle (36) et celles de la faute de service si elle souhaite substituer la responsabilité de l'Etat à celle de l'agent. De ce point de vue, alors que le cumul de responsabilité issu de la jurisprudence administrative a été conçu pour offrir à la victime un lien suffisant avec la puissance publique afin d'engager sa responsabilité, il profite aussi aux agents. Cela est d'autant plus vrai que les actions récursoires de la puissance publique contre les personnes à l'origine des dommages sont rares, sans doute pour ne pas paralyser l'action administrative.

Dans ce contexte, il est courant que les SOFA laissent le soin aux autorités militaires françaises de distinguer une faute personnelle d'une faute de service. Sur ce point, l'environnement juridique sert avantageusement les intérêts des militaires. Toutefois, le dispositif n'est pas infaillible tant l'appréciation est délicate pour celui qui est chargé d'apprécier la faute.

La formule envisageable serait alors pour le législateur de prendre l'initiative en élaborant un texte précisant d'une part l'état de crise et fixant d'autre part, un régime mettant automatiquement à la charge de l'Etat les dommages causés par les militaires en opération. Déjà connue en droit français (37), cette solution dont il ne faut pas nier qu'elle est commandée par des raisons d'opportunité, présente d'une part l'avantage d'être conforme aux exigences du droit international public (38). Tout Etat est, en effet, obligé de réparer les dommages causés par ses troupes, même de manière non intentionnelle. D'autre part, il semble logique que l'Etat assume systématiquement, et sous réserve de fautes purement personnelles, la responsabilité d'actes dont il est évidemment à l'origine. En outre, eu égard à la difficulté des opérations menées, il serait compréhensible de retenir soit un régime de responsabilité pour faute lourde laquelle, si son champ d'application s'est restreint, n'a pas disparu (39), soit un régime de responsabilité pour risque. Bien que substituant l'Etat au militaire dans le cadre d'une action en responsabilité, cette solution ne règle néanmoins pas le problème du déclenchement des poursuites pénales. A titre de comparaison, il ne manque pas d'exemples d'instituteurs poursuivis au pénal en dépit de la loi de 1937 relative à la responsabilité de l'Etat. Or, ce sont bien ces poursuites pénales qui marquent les esprits plus que les risques de responsabilité pécuniaire.

Globalement, la véritable question est sans doute de savoir si les autorités de l'Etat souhaitent ou non prendre le risque d'accabler ceux qui se sacrifient pour lui. Les démocraties acceptent-elles de couvrir les actes de leurs serviteurs, prouvant de la sorte que l'efficacité

(32) Cass. Crim. 18 février 2003, *Luffroy*, RSC 2003, p. 387, chron. Buisson.
(33) C. Masacala, « L'état de nécessité », *Juriscl. Pénal.*
(34) Article 122-5 c. pén.
(35) La Commission propose la disposition suivante : « *n'est pas pénalement responsable le militaire qui, dans le respect des règles du droit international et dans le cadre d'une opération militaire se déroulant à l'extérieur du territoire français, exerce des mesures de coercition ou fait usage de la force armée lorsque cela est nécessaire à l'accomplissement e sa mission* ».
(36) Voy. R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien 2001, pp. 1395 et s.

(37) Loi du 5 avril 1937 sur la responsabilité des membres de l'enseignement public (ou privé sous contrat) primaire et secondaire.
(38) Article 3 de la 4è convention de La Haye (1907) et l'article 91 du Premier protocole additionnel. Sentence arbitrale de 1901 relative aux ressortissants italiens résidant au Pérou et lésés par des faits illicites commis pendant une guerre civile (*Rec. des sentences arbitrales*, NU, vol. XV, pp. 399 et s.).
(39) Voy. X. Latour, *La responsabilité des services de police et de secours*, L'Harmattan 2003, pp. 20 et s.

de la règle de droit n'est pas garantie (40) ? La responsabilité n'est plus alors une question de droit mais une question politique. Pour cette raison, certains Etats ont cherché à contourner les obstacles nationaux en élaborant un régime de responsabilité devant des juges extra-nationaux, mais qui est, pour le moment, en devenir.

II. **Une responsabilité en devenir devant les juges extra-nationaux**

L'élaboration du *jus in bello* est largement motivée par la protection de valeurs universelles dans le prolongement de la protection des droits de l'homme. Dès lors, il est compréhensible qu'une répression universelle soit parallèlement organisée. Cette répression a été confiée dès 1945 à des tribunaux *ad hoc* chargés de juger les crimes des nazis et de leurs alliés. Par la suite, les Etats sont demeurés plus méfiants préférant privilégier une approche nationale. Les choses évoluent cependant progressivement. La multiplication des conflits, y compris sur le continent européen, la persistance des crimes de guerre et la réapparition des crimes contre l'humanité ainsi que la pression des opinions publiques face à des opérations médiatisées ont suscité une nouvelle dynamique au profit d'un traitement international des conséquences des conflits.

Certains Etats ont proclamé la compétence universelle de leurs juges pénaux, ce qui ne va pas sans soulever quelques incertitudes (A) tandis qu'émerge une justice pénale internationale (B).

A. ***Les incertitudes liées à la compétence universelle***

La compétence universelle correspond à la capacité pour un juge national de se reconnaître compétent pour des infractions gravissimes (génocide, crimes de guerre, crimes contre l'humanité) commises à l'étranger sans référence à la nationalité de l'auteur ou de la victime. Ainsi, il n'est plus question de compétence territoriale ou personnelle. Cela signifie qu'un militaire français pourrait être, à défaut d'être condamné, au moins poursuivi dans un Etat pour des actes commis dans un troisième. Cette compétence universelle se fonderait sur des arguments tirés du droit international et a été réellement appliquée par quelques Etats comme la Belgique ou l'Espagne. La France a, quant à elle, opté, au moins en matière de torture, pour une compétence universelle relative impliquant la présence du présumé coupable sur le territoire (41).

La compétence universelle est la source de paradoxes. En dépit d'arguments la mettant en cause, elle est assez généralement admise. Toutefois, elle semble demeurer au stade de l'acceptation théorique non pas seulement en raison d'obstacles juridiques mais aussi politiques.

Une partie de la doctrine est réservée à l'égard de la notion de compétence universelle (42) tant elle remet profondément en cause les rapports traditionnels entre les Etats. Il n'y aurait aucune règle coutumière la justifiant faute sans doute d'acceptation par un certain nombre d'Etats (parmi lesquels les Etats-Unis) de la pratique comme étant le droit (43). Seules les conventions de Genève pourraient éventuellement servir de fondement à une répression internationale mais faudrait-il encore s'entendre sur la notion d'infractions graves contenue dans les textes. En l'absence de définition précise, il serait délicat de poursuivre des individus sans prendre le risque de voir se développer une justice inégalitaire pour ne pas dire arbitraire.

De leur côté, les partisans de la compétence universelle ne manquent pas d'arguments pour la justifier (44). Ils invoquent ainsi les Conventions de Genève, ratifiées par la plupart des Etats, et qui imposent l'obligation de rechercher toute personne soupçonnée d'avoir commis des crimes de guerre et de les traduire

(40) C. Rousseau, *Le droit des conflits armés*, Pédone 1983, pp. 186-187. L'auteur cite les exemples de peines légères infligées à des militaires israéliens et américains pourtant coupables de massacres de grande ampleur. Le juge belge, de son côté, n'a pas identifié de lien suffisant entre les crimes commis par des militaires belges de l'ONUSOM et un conflit armé alors qu'il s'agit de l'une des principales conditions pour identifier un crime de guerre (E. David, *Principes de droit des conflits armés*, op. cité, p. 651). Le juge canadien n'assimile pas davantage à un crime de guerre l'absence de dénonciation par un soldat des tortures pratiquées par ses officiers en Somalie (E. David, *Principes de droit des conflits armés*, op. cité, p. 672).

(41) Pour les poursuites engagées en France contre un officier mauritanien en raison de tortures commises dans son pays et sur ses compatriotes voy. Cass. Crim. 23 octobre 2002, *O.D.*, *JCP*, II.10078, note Roulot.

(42) Voy. J. Francillon, « Crimes de guerre, crimes contre l'humanité », *Juriscl. Pénal*, fasc. 410, p. 42. Pour une remise en cause détaillée des arguments opposés à la compétence universelle, voy. A. Huet, « Pour une application limitée de la loi pénale étrangère », *JDI* 1982, p. 626.

(43) Article 38, statut de la CIJ.

(44) Voy. par exemple, E. David, *Principes de droit des conflits armés, op. cité*, pp. 722 et s.

devant leur propre justice, et ce, quelle que soit la nationalité des auteurs de ces crimes. De plus, la Convention des Nations Unies du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ratifiée par 132 pays, oblige les États membres à poursuivre — ou à extrader afin de permettre la poursuite par un autre État — les personnes qui se trouvent sur leur territoire et qui sont accusées d'actes de torture, indépendamment du lieu où les tortures ont été commises. Plus récemment, le Statut de la Cour pénale internationale (CPI) a pris soin de rappeler l'existence d'une compétence universelle à l'égard des crimes internationaux relevant de la compétence de la Cour (45). Plus qu'une atteinte à la souveraineté des Etats d'origine des personnes poursuivies, l'exercice de la compétence universelle est assimilé à l'expression de la souveraineté des Etats compétents à l'égard de crimes internationaux.

Si de nombreux Etats ont théoriquement admis leur compétence universelle, peu l'ont véritablement appliquée. Le cas de la Belgique illustre bien les difficultés en la matière. Dans un premier temps, elle s'est dotée d'un arsenal juridique novateur. Elle a ainsi adopté la loi du 16 juin 1993, modifiée en 1999, relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire. Sur ce fondement, ce sont surtout des responsables politiques en activité (notamment M. Ariel Sharon) ou retirés (comme Pinochet) qui ont été visés mais sans véritable succès. Cette attitude très progressiste de la Belgique a toutefois soulevé de vives critiques.

La plus médiatique d'entre elles a sans doute été la menace des Etats-Unis de déplacer dans un autre Etat les instances de l'OTAN en raison de la crainte de poursuites contre des militaires américains. Il est vrai ques les risques d'abus ne manquaient pas, certains souhaitant même poursuivre M. Blair ou M. Bush après l'intervention en Iraq. A la suite de cet avertissement, il a fallu très peu de temps pour que la Belgique revienne à plus de réalisme politique au détriment de ses bonnes intentions juridiques. L'une des premières décisions prises par le nouveau gouvernement de M. Verhofstadt a ainsi été d'abroger la loi relative à la compétence universelle (46). Désormais, la justice sera saisie uniquement si les soupçons pèsent sur un Belge ou une personne qui réside en Belgique. Le déclenchement de la procédure est également rendu plus difficile.

Comment la France pourrait-elle réagir face à la mise en accusation de l'un de ses militaires ? La prudence dont elle fait preuve en refusant de les laisser témoigner devant le Tribunal pénal de La Haye ou exprimée à l'occasion de la négociation du Statut de la CPI laisse penser qu'elle protégerait activement son ressortissant. En droit, il est permis de rappeler que la France (comme la Grande-Bretagne et les Etats-Unis) n'extrade pas ses nationaux. En outre, notamment dans ses relations avec d'autres Etats de l'Union européenne, elle ne manquerait certainement ni d'arguments, ni de possibilités pour négocier avec l'Etat de mise en accusation. En effet, malgré une tendance à la judiciarisation, l'action diplomatique paraît devoir rester encore un certain temps une réalité inhérente à la nature même des Etats souverains.

En définitive, le risque juridique pour un militaire français d'être condamné sur le fondement de la compétence universelle est sans doute assez faible. L'exemple de la Belgique montre également à quel point les mises en accusation seront délicates. Toutefois, certains essaieront vraisemblablement de profiter des incertitudes pour rechercher la responsabilité pénale des membres des forces armées. Dans ce cas, les inconvénients politiques et surtout personnels d'une telle démarche seraient plus importants que les risques juridiques. Ainsi, en dépit des apparences, la politique tien largement le droit en échec. Or, cette nécessité de faire preuve d'un certain réalisme influe également sur l'émergence d'une justice pénale internationale et d'un droit international pénal (47).

B. *L'émergence d'une justice pénale internationale*

Si la création des tribunaux internationaux chargés de juger les crimes commis dans l'ex-Yougoslavie et au Rwanda ainsi que celle de tribunaux nationaux soutenus par les Nations Unies (48) constituent des progrès du droit des conflits armés, l'apparition de la CPI est encore plus significative. En dépit des imperfections

(45) Point 6 du préambule : « *il est du devoir de chaque Etat de soumettre à sa juridiction criminelle* » *les responsables de crimes internationaux* ».

(46) *Le Monde*, 15 juillet 2003.

(47) H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal*, Pédone, 2000.

(48) Les exemples des tribunaux créés au Cambodge, au Timor oriental ou en Sierra Leone illustrent bien cette justice certes interne mais ne pouvant réellement être établis et fonctionner qu'avec l'aide des Nations Unies.

du dispositif, l'adoption (le 17 juillet 1998) et l'entrée en vigueur, le 1er juillet 2002, du Statut de la CPI n'en constituent pas moins une étape cruciale sur la voie d'une société internationale mieux organisée. Sans s'arrêter sur tous les aspects de la CPI tant ceux-ci ont été largement étudiés, il est possible d'identifier quelques éléments intéressant plus directement les opérations des militaires. A ce titre, la France, avec d'autres Etats, a globalement réussi à imposer des conceptions réalistes, ce qui signifie dans le domaine du droit international, respectueuses des souverainetés (49). Cela n'empêche cependant pas certains Etats et en particulier les Etats-Unis de tenter de limiter autant que possible les pouvoirs de la Cour, notamment en négociant avec les Nations Unies des clauses d'immunité pénale pour certaines opérations (50).

La CPI a, d'une part, une compétence bien délimitée. Conformément aux articles 5, 6, 7 et 8 du Statut, elle n'aura à s'occuper que des crimes de masse : crimes contre l'humanité, génocide, crimes de guerre et agression (ce dernier restant à définir) commis postérieurement à l'entrée en vigueur du Statut. En raison des définitions retenues pour les crimes contre l'humanité et le génocide, seul le crime de guerre est susceptible de concerner des militaires en opérations. Or, premièrement, le caractère intentionnel est déterminant dès lors qu'il s'agit d'apprécier les dommages infligés à des civils (51), ce qui limite les risques de condamnation par exemple en cas d'erreurs de tirs. Deuxièmement, la France bénéficie de la clause d'exemption temporaire âprement négociée et prévue à l'article 124. A cause de cette clause d'exemption, la CPI sera incompétente pendant sept ans pour les éventuels crimes de guerre commis par des ressortissants français à l'étranger ou sur le territoire, ce qui concerne en priorité les opérations extérieures accomplies notamment sous l'égide des Nations Unies. Si pour les observateurs, il s'agit d'une disposition très regrettable (voire même contraire aux règles du *jus cogens*) et transitoire (52), force est également d'admettre qu'elle a permis de trouver un compromis sans lequel l'avenir de la CPI était menacé.

Les règles de procédure offrent, d'autre part, quelques aménagements notables. La première d'entre elles est relative à l'acceptation de la compétence par les Etats parties soit en raison de la nationalité de l'auteur de l'acte, soit parce que l'acte a été commis sur leur territoire. En outre, et pour encadrer les pouvoirs du Procureur, une chambre préliminaire sera chargée d'examiner la recevabilité de la requête. De plus, la compétence de la CPI est seulement complémentaire de celle des Etats, ce qui signifie qu'elle disparaît lorsqu'un Etat exerce sa compétence en matière pénale (articles 17 à 19) dans des conditions normales. Pour permettre à l'Etat d'engager ses propres poursuites, le Statut oblige le Procureur de l'informer dans un délai d'un mois (53). A l'inverse, la Cour sera toujours compétente si l'Etat adopte un comportement dilatoire. Dans un même ordre d'idées, la saisine de la Cour par le Conseil de sécurité des Nations Unies pour dépasser l'absence d'acceptation de la compétence par un Etat est très strictement encadrée. Conformément à l'article 39 du Statut et sur le fondement du Chapitre VII de la Charte, le Conseil, organe politique, ne peut ainsi s'intéresser qu'à des situations globales et massives et non pas à un cas en particulier, ce qui l'aurait conduit à s'immiscer dans le fonctionnement d'une juridiction pénale.

Globalement, une constatation s'impose : la CPI n'agira qu'en étroite relation avec les Etats ayant un lien avec les crimes commis et vraisemblablement pas contre leur volonté (54). Il est dès lors probable que les pratiques d'indemnisation ont encore un bel avenir. Le récent accord obtenu par les Etats-Unis avec la Libye à propos des dédommagements versés aux victimes de l'attentat de Lockerbie (et pour lequel la Libye a officiellement reconnu sa responsabilité) constitue une illustration significative. Alors que la qualification de crime de guerre était envisageable, ce n'est pas seulement une procédure pénale qui a permis d'aboutir (55), mais bien de fortes pressions internationales conduites dans le cadre des Nations Unies afin de contraindre la Libye

(49) Voy., P. Weckel, « La CPI, présentation générale », *RGDIP* 1998, p. 986.
(50) Pour une illustration récente, voy. la résolution du Conseil de sécurité en date du 3 août 2003 sur la situation au Libéria. On rappellera, pour mémoire, que les Etats-Unis, l'Inde et la Chine ont refusé d'adhérer au Statut, ce qui représente la moitié de la population mondiale. Le 14 juillet 2003, 91 Etats avaient ratifié le Statut de la CPI.
(51) Voy. l'article 8 du Statut.
(52) Cette idée a été avancée par le Professeur Mauro Politi, membre de la délégation italienne (« Le Statut de Rome de la CPI : le point de vue d'un négociateur », *RGDIP* 1999, p. 838).
(53) Il s'agit là d'une proposition américaine.
(54) Voy. sur ce point, F. Lattanzi, « Compétence de la CPI et consentement des Etats », *RGDIP* 1999, p. 433.
(55) La France avait de son côté condamné par contumace les responsables, officiels libyens, de l'attentat du DC 10 d'UTA tout en négociant au profit des victimes une indemnisation qu'elle a, par la suite, remise en cause afin d'obtenir davantage.

à transiger pour sortir de la catégorie des Etats voyous.

Ni impunité totale, ni responsabilisation excessive, mais une recherche précaire d'équilibre, telle est la caractéristique du droit de la responsabilité des militaires en opérations. L'immixtion du droit dans un domaine aussi délicat n'est pas chose évidente tant les Etats sont traditionnellement habitués à régler entre eux et en argent les conséquences des dommages même graves. Lorsqu'un pilote confond une ambassade et un objectif militaire, le public retient davantage les indemnisations versées aux Etats que les éventuelles poursuites contre le militaire. Le juriste utopiste déplorera en partie et une fois de plus la soumission du droit aux contingences politiques et pratiques alors que le juriste réaliste s'en satisfera. Pour sa part, le militaire regrettera vraisemblablement les incertitudes entourant la règle de droit qu'il a tendance à parer des vertus (ou des défauts) de la rigueur alors qu'elle n'est qu'une création humaine.

X. L.