

LE NOUVEAU DROIT PÉNAL DES OPÉRATIONS EXTÉRIEURES

Christophe AUBERTIN

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes

S'engager dans une opération extérieure consiste à « faire la guerre sans être en guerre », pour prendre une formule consacrée. Toute opération extérieure s'apparente en effet à la guerre en ce qu'elle implique l'utilisation de moyens militaires et au besoin, le recours à la force armée. Les militaires français interviennent hors du territoire national dans de véritables conflits armés, comme en Afghanistan ou au Mali, ils remplissent aussi au-delà des frontières des missions de police, en luttant par exemple contre la piraterie dans le Golfe d'Aden.

Néanmoins, les opérations extérieures n'ont pas lieu en temps de guerre, mais en temps de paix. En effet, depuis la fin du second conflit mondial, aucune guerre n'a été déclarée par la France¹. Au regard de la justice militaire, les infractions commises à l'occasion d'une opération extérieure ont donc lieu en temps de paix. Elles ne sont pas, comme les infractions du temps de guerre, de la compétence des juridictions militaires. Elles relèvent des juridictions de droit commun spécialisées en matière militaire et siégeant à Paris². Leur extranéité n'empêche pas de les juger selon la loi pénale française en raison de l'implication des forces armées françaises. Au demeurant, le juge répressif ne saurait appliquer que sa loi nationale.

Les opérations extérieures sont soumises non seulement aux lois pénales françaises mais encore, dans la plupart des cas, à la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, si la juridiction des États contractants, au sens de l'article 1^{er} de la Convention, est en principe territoriale, certains actes extraterritoriaux sont, à titre exceptionnel, soumis au droit conventionnel³. Ainsi, lorsqu'un État, par suite d'une action militaire, contrôle une zone située à l'étranger, ses actes sont régis par la Convention⁴, à moins qu'il n'agisse en vertu d'un mandat international⁵. Le droit conventionnel s'applique aussi lorsque l'État exerce hors de son territoire, par

¹ Sous la V^e République, en particulier, le Parlement n'a jamais autorisé une déclaration de guerre, bien que l'art. 35, al. 1^{er}, de la Constitution de 1958 lui en attribue le pouvoir.

² Code de justice militaire (CJM), art. L. 2, art. L. 111-1, al. 2 et art. L. 121-1 à L. 121-8. En raison de la suppression par la loi du 13 déc. 2011 du Tribunal aux armées de Paris, la loi nouvelle a d'ailleurs supprimé certaines références devenues obsolètes faites aux juridictions militaires (CJM, art. L.211-5 et L.211-22).

³ CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie* (exceptions prélim.) ; (Gr.Ch.), 12 déc. 2001, *Bankovic et autres c. Belgique* (recevabilité).

⁴ CEDH, 7 juil. 2011, *Al-Skeini c. Royaume-Uni et Aljedda c. Royaume-Uni*.

⁵ CEDH, 15 nov. 2006, *Behrami et Behrami c. France, Allemagne et Norvège*.

l'intermédiaire de ses agents, un contrôle physique et exclusif sur certaines personnes, comme l'affaire *Medvedyev c. France* en fournit l'illustration⁶.

Le législateur français n'a pas pour autant renoncé à légiférer en ce domaine. En adoptant la loi du 18 décembre 2013⁷, il a innové en dissociant les infractions commises en opérations extérieures des autres infractions militaires. Les articles 29 à 31 de la loi nouvelle, qui font partie de son chapitre VI relatif au « traitement pénal des affaires militaires », modifient en effet certaines dispositions du Code de procédure pénale, du Code de justice militaire et du Code de la défense afin de spécifier la notion et le régime des infractions commises en opérations extérieures.

Le législateur a d'abord voulu éviter toute interprétation stricte de la notion d'opération extérieure⁸. Celle-ci est désormais définie par le Code de la défense comme « une opération mobilisant des capacités militaires, se déroulant à l'extérieur du territoire français ou des eaux territoriales françaises, quels que soient son objet, sa durée ou son ampleur, y compris la libération d'otages, l'évacuation de ressortissants ou la police en haute mer », alors que la loi se référait auparavant à « une opération militaire se déroulant à l'extérieur du territoire français » en s'abstenant d'en proposer une définition⁹.

Il est vrai que la loi nouvelle, en se bornant à joindre les eaux territoriales françaises au territoire national, ne modifie pas substantiellement le critère spatial de l'opération extérieure¹⁰. En revanche, en caractérisant l'opération par les moyens utilisés indépendamment du but poursuivi, elle en renouvelle le critère matériel. Lorsqu'une mission se déroule au-delà des frontières, il suffit que des « capacités militaires », en personnel ou en matériel, soient engagées pour qu'elle constitue une opération extérieure. Il est indifférent que l'opération ait un but de police plutôt qu'une finalité militaire. Ainsi définie, la notion d'opération extérieure est donc plus large que celle d'intervention armée à l'étranger mentionnée par le deuxième alinéa de l'article 35 de la Constitution¹¹.

La loi du 18 décembre 2013 soumet ensuite les infractions commises en opérations extérieures à des dispositions spécifiques afin d'éviter la judiciarisation de l'action militaire¹². Mais la crainte d'une multiplication des poursuites pénales

⁶ CEDH (Gr.Ch.), 29 mars 2010.

⁷ Loi n° 2013-1168 du 18 déc. 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale (JO du 19, p. 20570).

⁸ Sénat, Rapport du 8 oct. 2013, par M. J.-L. Carrère, p. 131-132; Ass. nat., Rapport du 14 nov. 2013, par Mmes P. Adam et G. Gosselin-Fleury, p. 236.

⁹ Code de la défense (C.défense), art. L. 4123-12, II.

¹⁰ Cf. art. 113-1 C.pén. La question se pose de savoir si les interventions des forces armées françaises à bord de navires ou d'aéronefs immatriculés en France seront qualifiées d'opérations extérieures, alors que ces engins de transport sont considérés comme des extensions du territoire français (art. 113-3 C.pén.).

¹¹ Ainsi, les actions militaires se déroulant en haute mer sont des opérations extérieures mais, faute d'avoir lieu « à l'étranger », elles ne sont pas des interventions armées au sens de l'art. 35, al. 2, de la Constitution de 1958.

¹² Étude d'impact du 29 juil. 2013, p. 34 à 36; Sénat, Rapport précit., p. 108 et s. ; A.N., Rapport précit., p. 214 et s. ; *Livre blanc Défense et sécurité nationale 2013*, p. 123. La judiciarisation de l'action militaire a été vigoureusement dénoncée (Ch. Barthélémy, *La "judiciarisation" des opérations militaires*, L'Harmattan, 2012). Elle est devenue une préoccupation pour les plus hautes autorités politiques (message aux armées du Président de la République, 19 mai 2012).

paraît, à vrai dire, sans fondement. En effet, malgré la fréquence des opérations extérieures durant la dernière décennie, le nombre des affaires pénales militaires est resté stable¹³. Les cas de poursuites dirigées contre des militaires engagés dans de telles opérations sont fort rares¹⁴.

Néanmoins, la loi nouvelle entend protéger les militaires engagés dans une opération extérieure contre le risque d'être attirés devant les juridictions répressives. Dans ce but, elle infléchit plus profondément le droit pénal de forme que le droit pénal de fond. L'examen des règles de procédure pénale, qui sont les plus novatrices (I), précédera donc l'étude des dispositions relatives à la responsabilité pénale, qui n'apportent que de légères retouches au droit existant (II).

I. L'infléchissement des règles de procédure pénale

Les dispositions procédurales de loi du 18 décembre 2013 s'appliquent immédiatement aux procédures en cours, même si celles-ci se rapportent à des infractions commises avant son entrée en vigueur¹⁵. Le législateur a cherché à rendre plus difficile l'exercice de l'action publique née des infractions commises en opérations extérieures¹⁶. Dans ce but, il a d'abord édicté une présomption de mort au combat pour limiter le nombre des enquêtes relatives aux causes de la mort. Il a surtout modifié en profondeur le régime de l'action publique en attribuant au ministère public le monopole de poursuite des infractions commises en opérations extérieures.

A. La présomption de mort au combat

La procédure de recherche des causes de la mort ou des blessures, régie par l'article 74 du code de procédure pénale, est en réalité une pré-enquête de police judiciaire. Elle est ouverte lorsque la mort ou les graves blessures d'une personne ont une origine inconnue, incertaine ou suspecte. Elle a pour but de découvrir si une infraction en est la cause.

L'ouverture de la pré-enquête est soumise à des conditions particulières lorsqu'elle intervient dans le cadre d'une opération extérieure. Tel qu'il est rédigé par la loi nouvelle, l'article L. 211-7 du Code de justice militaire dispose que : « 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 ». Le législateur a ainsi posé une présomption de mort au combat. L'objectif est d'éviter l'ouverture automatique d'une pré-enquête en cas de mort

¹³ Étude d'impact, p. 35. Comme deux magistrats le notaient dès 2012, « le concept de judiciarisation du champ de bataille n'est qu'un épouvantail dépourvu de réalité » (J. Baillet et G. Poissonnier, note sous Cass. crim., 10 mai 2012, *D.* 2012, p. 2151 spéc. p. 2155).

¹⁴ Les instructions ouvertes à l'initiative des familles des victimes ont eu un certain retentissement médiatique dans deux affaires : celle de l'embuscade d'Uzbin en Afghanistan, où neuf militaires français ont trouvé la mort en 2008 et celles des otages du Niger, où deux civils français ont été tués en 2011 alors que des militaires français tentaient de les libérer.

¹⁵ C.pén., art. 112-2.

¹⁶ Sur le régime antérieur, v. not. Dassa-Le Deist D., « Crimes et délits contre les intérêts fondamentaux de la nation », *JCl. Procédure pénale*, art. 697 à 702, LexisNexis.

violente d'un combattant, dont la cause la plus probable est l'action de l'adversaire. Il a aussi souhaité empêcher l'hypothétique retour d'une pratique récente du parquet de Paris, consistant à rechercher systématiquement les causes de la mort des combattants décédés. Mais cette pratique a pris fin dès 2012¹⁷. Elle reposait sur une confusion entre mort violente et mort suspecte que le droit antérieur permettait déjà de dissiper. La présomption issue de la loi nouvelle est donc d'une utilité incertaine.

Plusieurs conditions rendant vraisemblables la mort au combat doivent être réunies pour que la présomption s'applique. D'abord, il faut que le cadavre découvert soit celui d'un militaire et non celui d'un civil, fût-il mort au cours du conflit armé. Ensuite, il est nécessaire que le combattant soit décédé de mort violente et non, par exemple, de maladie. Il faut enfin que la mort en opération extérieure¹⁸ ne soit pas étrangère à l'affrontement, mais qu'elle se produise au contraire à l'occasion d'une action de combat.

Les effets de la présomption sont dérogatoires au droit commun. Lorsque la cause de la mort est incertaine, le code de procédure pénale prescrit d'ouvrir l'enquête, alors que la présomption de mort au combat y fait obstacle. En réalité, cependant, cette dérogation ne devrait avoir qu'une portée limitée, dès lors que la présomption n'est pas irréfragable, mais simple. Si elle n'admettait pas la preuve contraire, elle serait incompatible avec l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, consacrant le droit à la vie. Selon la Cour de Strasbourg, cette disposition oblige la puissance publique à ouvrir une enquête dès qu'une personne décède dans des circonstances suspectes¹⁹. La présomption de mort au combat sera donc renversée par tout élément laissant supposer que la cause de la mort violente du militaire est étrangère au combat, notamment par des indices tirés de la nature ou de la position des blessures reçues. En fait, lorsque les circonstances du décès seront suspectes, la présomption aura davantage pour effet de retarder que d'empêcher l'ouverture de l'enquête.

Dans sa nouvelle rédaction, l'article L. 211-7 du Code de justice militaire s'applique aussi, comme l'article 74 du Code de procédure pénale, en cas de découverte d'une personne grièvement blessée. Mais si un militaire décédé violemment en opération extérieure est présumé mort au champ d'honneur, un combattant portant de graves lésions doit être présumé blessé au combat. En effet, si la présomption évite l'ouverture d'une pré-enquête en cas de mort, elle l'empêche à plus forte raison en cas de blessure.

Il ne peut s'agir que d'une présomption simple. Si la blessure était infligée dans des circonstances suspectes, la présomption n'empêcherait pas d'en rechercher les causes.

¹⁷ Après s'être élevé à 13 en 2011, le nombre annuel d'enquêtes est tombé à 0 en 2012 et à 2 en 2013 (Sénat, Rapport préc. p. 195).

¹⁸ La définition extensive de l'opération extérieure, issue de la loi nouvelle n'est pas reprise par l'article L. 211-7 CJM qui se réfère à une « opération militaire hors du territoire de la République ». Mais il n'y a aucune raison de retenir en matière de pré-enquête une notion différente de l'opération extérieure.

¹⁹ V. not. CEDH, 27 sept. 1995, *Mc Cann et a. c. Royaume-Uni*.

Mais le dispositif mis en place par la loi du 18 décembre 2013 repose moins, à vrai dire, sur la présomption de mort ou de blessure au combat que sur le filtrage des poursuites.

B. L'attribution au ministère public du monopole des poursuites

La loi nouvelle a réformé en profondeur le système de poursuite des infractions militaires commises en temps de paix. Elle a remplacé le régime unique qui s'appliquait auparavant par trois systèmes distincts, dont l'un est propre aux infractions commises en opérations extérieures²⁰. Après avoir souligné l'originalité du nouveau dispositif, il conviendra de déterminer sa valeur au regard des principes du droit processuel.

1. La loi du 18 décembre 2013 fait partie des rares réformes de ces trente dernières années qui comportent des dispositions défavorables aux victimes d'infractions. D'après le second alinéa de l'article 698-2 du code de procédure pénale, ajouté par la loi nouvelle, lorsque l'action publique a pour origine des faits commis dans l'accomplissement de sa mission par un militaire en opération extérieure, elle « ne peut être mise en mouvement que par le procureur de la République ». Auparavant, par application du droit commun, la faculté d'engager les poursuites appartenait à la fois au ministère public et à la victime de l'infraction.

Que la victime soit lésée par un délit ou même par un crime survenu en opération extérieure, elle est désormais privée du pouvoir de déclencher les poursuites pénales. Elle n'a plus le moyen de vaincre l'éventuelle inaction du ministère public. Sans doute conserve-t-elle la possibilité de déposer une simple plainte. Mais celle-ci ne met pas en mouvement l'action publique et peut être classée sans suite par le ministère public. La victime a aussi la faculté de se constituer partie civile par voie d'intervention, pour corroborer l'action publique, même si la constitution par voie d'action, pour déclencher les poursuites, n'est plus recevable. Toutefois, son intervention est subordonnée à la mise en mouvement préalable de l'action publique par le magistrat du parquet.

Le législateur a ainsi pris le contrepied de la solution retenue le 10 mai 2012 par la Cour de cassation dans l'affaire de l'embuscade d'Uzbin²¹. La haute juridiction a déclaré recevable la plainte avec constitution de partie civile déposée par les ayants cause de militaires français tués en Afghanistan, bien que le procureur de la République eût classé l'affaire sans suite. La loi nouvelle retire au contraire aux victimes d'infractions commises en opérations extérieures le pouvoir de mettre en mouvement l'action publique. Elle opère ainsi un rapprochement entre les infractions survenant en temps de guerre et les infractions se produisant en temps de paix au cours d'opérations extérieures. En effet, en temps de guerre, la partie lésée

²⁰ Il existe désormais en temps de paix, outre le régime spécial des opérations extérieures, deux autres systèmes de poursuite. L'un, antérieur à la loi nouvelle, reste applicable aux infractions militaires commises sur le territoire national et permet au ministère public comme à la victime de l'infraction de mettre en mouvement l'action publique, conformément au droit commun (C.pr.pén., art. 698-2, al. 1^{er}). L'autre système, instauré par la loi nouvelle, résulte de la transposition aux infractions militaires ayant lieu hors du territoire, mais sans lien avec une opération extérieure, du régime de poursuite des infractions survenues à l'étranger dont l'auteur ou la victime est de nationalité française; si le droit commun régit alors les poursuites criminelles, l'engagement des poursuites correctionnelles est réservé au ministère public (CJM, art. L. 211-11 qui renvoie en particulier à l'art. L. 113-8 C.pén.).

²¹ Cass. crim., 10 mai 2012, *D.* 2012 Actu.1337; *Ibid.*, concl. Gauthier; *Ibid.*, 2145, note Baillet et Poissonnier; *AJ pén.* 2012.550, obs. Lasserre Capdeville ; *RSC* 2012.353, note Delage.

n'a pas le pouvoir de mettre en mouvement l'action publique²². Il est vrai que le monopole des poursuites est alors dévolu au ministre de la Défense²³, tandis qu'il est attribué au ministère public quant aux infractions commises lors d'une opération extérieure en temps de paix. Toutefois, cette différence est secondaire aux yeux de la victime de l'infraction qui se trouve privée, quel que soit l'organe de poursuite, de la faculté de mettre en mouvement l'action publique.

2. La loi nouvelle soulève le problème de savoir si la restriction à l'accès à la justice imposée à la victime ne méconnaît pas le droit à un juge déduit de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁴. Pour être conforme à ces dispositions, l'interdiction de la constitution de partie civile par voie d'action doit poursuivre un but légitime et ne pas être excessive au regard de cet objectif²⁵.

La Cour européenne des droits de l'homme considère que la restriction à l'accès au juge n'est justifiée que si sa finalité est légitime. Or, dans un arrêt du 11 juin 2009 rendu dans l'affaire *Laudette c. France*, la Cour de Strasbourg a déclaré conforme à la Convention le monopole que l'article 113-8 du Code pénal confère au ministère public pour la poursuite des délits commis à l'étranger dont un Français est l'auteur ou la victime. Elle a estimé que le magistrat du parquet est ainsi en mesure d'éviter, dans un souci de bonne administration de la justice, la mise en mouvement inutile de l'action publique dans les cas où l'élucidation des faits serait compromise par « des difficultés auxquelles se heurtent les enquêteurs pour diligenter des investigations en territoire étranger » (§ 32). Il semble de même opportun de charger le ministère public d'apprécier si les obstacles à la collecte des preuves sur les théâtres d'opérations extérieures ne sont pas tels qu'ils rendent vain l'engagement des poursuites.

Toutefois, la valeur de précédent de l'arrêt *Laudette c. France* est, à cet égard, sujette à caution. D'une part, dans cette affaire, il s'agissait de délits commis à l'étranger, alors que le monopole instauré par la loi nouvelle concerne aussi les crimes survenus en opérations extérieures. Or, en matière criminelle, il est préférable d'attribuer le pouvoir de poursuivre au ministère public comme à la victime, parce que la réduction du risque d'impunité y est plus nécessaire encore qu'en matière délictuelle. D'autre part, les délits n'étaient pas, dans cette espèce, des infractions militaires mais des infractions de droit commun. Or la compétence extraterritoriale de la gendarmerie prévôtale en matière militaire est susceptible de faciliter les investigations menées au-delà des frontières²⁶. Il n'est donc pas évident que les exigences d'une bonne administration de la justice justifient pleinement le système de poursuite instauré par la loi nouvelle.

²² CJM, art. L. 212-35.

²³ *Ibid.*, art. L. 212-1.

²⁴ Sur l'applicabilité de l'art. 6§1 CESDH à l'action civile indemnitaire de la victime de l'infraction devant les juridictions répressives : CEDH, *Perez c. France*, 12 fév. 2004, D.2004.2943, note Roets ; RSC 2004.695, obs. Massias ; Crim., 19 juin 2001, *Bull. crim.*, n° 47, déclarant contraire au principe du procès équitable l'art. 698-2 C.pr.pén., qui limitait jusqu'au 1^{er} janvier 2002 la constitution de partie civile en matière militaire aux cas de décès, de mutilation ou d'infirmité permanente.

²⁵ Desportes F. & Lazerges-Cousquer L., *Traité de procédure pénale*, Economica, 2012, n° 371 et s., spéc. n° 374.

²⁶ CJM, art. L. 212-2 et s. ; art. L. 411-2.

Même si l'on admettait la légitimité du but poursuivi, il faudrait encore que la restriction à l'accès au juge imposée à la victime fût proportionnée à l'objectif visé. Selon le Conseil constitutionnel, la loi peut fermer la voie pénale à la victime de l'infraction, pourvu que celle-ci conserve la faculté d'agir en réparation devant les juridictions non répressives²⁷. Sur ce point, les jurisprudences française et européenne paraissent convergentes²⁸. Or le régime d'indemnisation des dommages survenus en opérations extérieures varie selon que la victime est civile ou militaire.

En effet, le militaire victime d'un accident de service au cours d'une opération extérieure bénéficie, de même que ses ayants-cause, non seulement de la législation des pensions²⁹, mais encore d'une indemnisation fondée sur le droit commun de la responsabilité³⁰. En revanche, l'action en réparation de la victime civile ou de ses ayants cause se heurte à l'irresponsabilité de l'État pour « faits de guerre »³¹. Mais cet obstacle n'est pas toujours insurmontable. D'abord, certaines opérations extérieures sont requalifiables en opérations de police susceptibles d'engager la responsabilité de l'État³². Ensuite, lorsque l'opération extérieure relève de la lutte contre le terrorisme, les victimes de nationalité française peuvent bénéficier du régime d'indemnisation des victimes du terrorisme³³. Enfin, si l'infraction survenue en opération extérieure constituait une faute personnelle détachable du service, son auteur serait individuellement tenu d'en réparer les conséquences dommageables.

Néanmoins, il est à craindre que la fermeture de la voie pénale en raison de l'inaction du ministère public n'entraîne, pour certaines victimes civiles, la suppression de tout recours juridictionnel effectif. Aussi n'est-il pas exclu que, sous les assauts d'une question prioritaire de constitutionnalité ou d'une exception d'inconventionnalité³⁴, la ligne de défense procédurale des militaires engagés en opérations extérieures ne vienne un jour à céder. Il leur faudrait alors se retrancher derrière une seconde ligne, en prenant appui sur les règles de fond de la responsabilité pénale.

²⁷ Cons. const., déc.n° 93-327 DC, 19 nov. 1993, *Cour de justice de la République*, déc. n° 2013-350 QPC, 25 oct. 2013, *C^{ve} de Pré Saint Gervais*.

²⁸ Ass. plén., 21 juin 1999, *Bull. A.P.*, n° 6 ; Crim., 21 juin 1999, *Bull. crim.*, n° 139. V. aussi *Laudette c. France*, précit., § 34.

²⁹ *C. pens. mil.*, art. L. 2, 4° issu de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005.

³⁰ La règle du forfait de pension n'interdit plus de compléter l'indemnisation forfaitaire par des dommages-intérêts (CE, 4 juil. 2003, *Moya-Caville, RFDA*, 2003-5, concl. Chauvaux D., note Bon P. ; *AJDA*, 2003, p. 1598, chron. Donnat F. & Casas D. ; *RDP*, 2003, p. 1237, chron. Prétot X.). De plus, lorsque le dommage a été causé à un militaire passager d'un véhicule conduit par un autre militaire, le juge pénal se déclare compétent pour indemniser la victime (Crim., 23 sept. 2014, n° 13-85.311, *D. actualité*, 14 oct. 2014, obs. Priou-Alibert ; comp. TC, 8 juin 2009, *AJFP*, 2009.264, note Mekhantar ; Crim., 29 juin 1999, n° 98-81.407, *D.* 1999.221).

³¹ CE, 23 juil. 2010, *S^{te} Touax et s^{te} Touax Rom, req. n° 328.757, AJDA*, 2010.1514 ; *Dr. adm.* 2010, comm. 136, obs. Flavier H.

³² Le principe d'irresponsabilité de l'État s'applique aux opérations militaires au sens strict et non aux opérations de police (Combeau P., « Responsabilité de l'armée », *JCl. Administratif*, LexisNexis, Fasc. 894, n° 9).

³³ *C.assur.*, art. L. 126-1.

³⁴ La loi du 18 déc. 2013 a été promulguée sans que le Conseil constitutionnel en ait été saisi.

II. La stabilité du régime de la responsabilité pénale

La loi du 18 décembre 2013 n'a pas bouleversé les principes gouvernant la responsabilité pénale des militaires engagés dans une opération extérieure, mais elle s'est efforcée de rendre sa mise en œuvre plus difficile. Aussi s'applique-t-elle même aux infractions commises avant son entrée en vigueur, dans la mesure où elle est moins sévère que la loi antérieure³⁵. Le législateur s'est efforcé d'orienter dans le sens de l'indulgence l'appréciation des fautes d'imprudence des militaires et de faciliter leur exonération en élargissant le champ d'application du fait justificatif tiré de la nécessité militaire.

A. *Le mode d'appréciation de la faute d'imprudence*

En précisant les modalités d'appréciation des fautes non intentionnelles survenues au cours d'opérations extérieures, la loi du 18 décembre 2013 admet implicitement mais nécessairement que les actions de combat menées hors du territoire national sont régies tant par le droit international des conflits armés que par le droit français. Il ne serait pas réaliste d'ignorer la force du lien qui unit chaque État à ses forces armées pour soumettre exclusivement ces opérations au droit international, dont les dispositions pénales sont au demeurant loin d'être aussi complètes que celles du droit interne.

La loi nouvelle reconnaît aussi tacitement que les militaires sont pénalement responsables des imprudences commises à l'occasion d'une action de combat. Le législateur n'a pas suivi l'opinion selon laquelle la responsabilité pénale des militaires pour faute d'imprudence serait « la négation de la guerre »³⁶. Cette conception repose sur le postulat inexact qu'un militaire serait pénalement responsable dès qu'il prend un risque ou qu'il omet une précaution. En réalité, il n'est pas répréhensible dès lors qu'un combattant prudent, placé dans la même situation, aurait agi comme il l'a fait. La prise de risque et la mise en danger d'autrui ne sont punissables que dans le cas où, dans les mêmes circonstances de combat, un militaire avisé aurait agi différemment pour éviter d'exposer autrui à un péril que l'exécution de la mission n'imposait pas d'affronter.

La loi du 18 décembre 2013 n'a pas entendu assurer aux militaires une immunité couvrant les imprudences et négligences commises en opération extérieure, par dérogation au principe d'égalité devant la loi pénale. Elle a seulement voulu empêcher que la perspective d'une mise en cause pénale ne crée un risque d'inhibition du commandement. Elle s'est efforcée d'éviter que, selon la formule consacrée, « la main ne glisse de l'épée au parapluie ». Dans ce but, la loi nouvelle a ajouté à l'article L. 4123-11 du code de la défense un second alinéa, aux termes duquel les « diligences normales sont appréciées en particulier au regard de l'urgence dans laquelle (les militaires) ont exercé leurs missions, des informations dont ils ont disposé au moment de leur intervention et des circonstances liées à l'action de combat ». Cette adjonction, à vrai dire, n'est pas d'une utilité évidente. En effet, par application du droit commun, la faute d'imprudence d'un militaire s'apprécie en

³⁵ C.pén., art. 112-1, al. 2.

³⁶ Barthélémy Ch., *op.cit.*, p. 139.

comparant son comportement avec celui qu'aurait eu, dans la même situation, un combattant raisonnable et avisé. L'urgence de la mission à accomplir et le manque d'informations fiables font partie des circonstances du combat qu'il appartient au juge de prendre en considération. À cet égard, la loi nouvelle n'apporte rien de vraiment nouveau. En soulignant la grande difficulté des missions confiées aux militaires, elle se borne à attirer l'attention du juge pénal sur des éléments pouvant le conduire à conclure à l'absence d'imprudence et de négligence.

La loi nouvelle ne remet d'ailleurs pas en cause l'application aux militaires de la loi « Fauchon » du 10 juillet 2000 d'après laquelle une faute d'imprudence légère n'ayant pas directement causé la mort ou les blessures n'engage pas la responsabilité pénale de la personne physique qui l'a commise³⁷. Cette règle résulte notamment du quatrième alinéa de l'article 121-3 du Code pénal auquel renvoie le premier alinéa, inchangé, de l'article L. 4123-11 du Code de la défense³⁸. Elle bénéficie surtout aux militaires appartenant à la chaîne de commandement, dans la mesure où il n'existe pas d'ordinaire, entre les ordres donnés et le dommage survenu au combat, un lien de causalité direct. Elle subordonne leur condamnation soit à la preuve de la violation délibérée d'une obligation légale ou réglementaire de prudence ou de sécurité, soit à la démonstration d'une imprudence consciente constitutive d'une faute dite caractérisée. La faute d'imprudence légère survenue dans la chaîne de commandement n'est pas punissable, à moins qu'elle ne soit tenue pour la cause immédiate de la mort ou des blessures.

B. Le fait justificatif tiré de la nécessité militaire

Les militaires ne sont cependant pas pénalement responsables des faits auxquels une cause d'impunité enlève tout caractère délictueux. Ils peuvent se prévaloir non seulement des faits justificatifs de droit commun, tels que la légitime défense³⁹ et l'état de nécessité⁴⁰, mais encore des faits justificatifs prévus par l'article L. 4123-12 du Code de la défense.

Le paragraphe II de cette disposition n'est applicable qu'aux opérations extérieures. Il exclut la responsabilité pénale du militaire qui, « dans le respect du droit international..., exerce des mesures de coercition ou fait usage de la force armée, ou en donne l'ordre, lorsque cela est nécessaire à l'accomplissement de sa mission ». Ce n'est pas une excuse absolutoire entraînant dispense de peine tout en laissant subsister la culpabilité, mais un véritable fait justificatif qui exclut toute responsabilité pénale en ôtant aux faits leur caractère injuste. S'agissant d'une application particulière de l'état de nécessité, ce fait devrait pouvoir justifier toute infraction, qu'elle soit ou non intentionnelle⁴¹. Le droit interne subordonne expres-

³⁷ Sur la loi « Fauchon », v. not. Bouloc B., *Droit pénal général*, Dalloz, 2013, n° 286 et s. ; Rassat M.-L., *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz, 2011, n° 357 et s.

³⁸ Sur l'application de la loi « Fauchon » aux militaires : Mayaud Y., *Rép. pén.*, v° Violences involontaires (2° Applications et illustrations), Dalloz, n° 120 et n° 129.

³⁹ C. pén., art. 122-5.

⁴⁰ *Ibid.*, art. 122-7.

⁴¹ Selon la Cour de cassation, une infraction non intentionnelle ne saurait être justifiée par la légitime défense (Cass. crim., 16 fév. 1967, *Bull. crim.*, n° 70 ; *JCP G* 1970, II, 15034, note Combaldieu ; *Rev. sc. crim.*, 1967, p. 659, obs. G. Levasseur et p. 854, obs. Legal).

sément l'impunité au respect du droit international. Il révèle que les deux ordres juridiques ne sont pas opposés mais complémentaires. Au demeurant, le droit des conflits armés admet lui-même que les nécessités militaires exonèrent l'auteur de crimes de guerre de sa responsabilité pénale⁴².

La loi du 18 décembre 2013 se borne à remplacer dans l'article L. 4123-12, II, du Code de la défense l'ancienne définition de l'opération extérieure par la nouvelle. Il ne s'agit plus seulement d'« une opération militaire se déroulant en dehors du territoire français » mais, plus largement, d'« une opération mobilisant des capacités militaires, se déroulant à l'extérieur du territoire français ». En conséquence, même dans les opérations extérieures de police en haute mer ou de protection des expatriés, la nécessité militaire est désormais un fait justificatif du recours à la force armée. La loi nouvelle paraît ainsi accentuer, en ce qui concerne le recours à la coercition, les différences entre les composantes de la force publique. D'abord, le droit commun s'applique aux fonctionnaires de la police nationale, dont les actes coercitifs sont justifiables par la légitime défense ou par la nécessité d'arrêter les auteurs d'infractions flagrantes⁴³. En outre, une disposition particulière du Code de la défense autorise les gendarmes à déployer la force armée, notamment en cas de refus de s'arrêter après sommation⁴⁴. Enfin, dans le cadre d'opérations extérieures de police, l'article L. 4123-12, II, de ce même code permet de surcroît aux militaires engagés dans une opération extérieure de recourir à la force armée pourvu que ce soit nécessaire à l'accomplissement de leur mission.

Mais la diversification des conditions du recours à la force est plus apparente que réelle. En effet, les faits justificatifs invocables par les membres de la force publique sont régis par des principes communs. Ils sont placés sous l'égide de l'article 2, §2, de la Convention européenne des droits de l'homme qui exige que le recours à la force ait été rendu « absolument nécessaire » notamment pour « la défense de toute personne contre la violence illégale » ou pour l'exécution d'une « arrestation régulière »⁴⁵. Dès lors, toutes ces causes d'impunité sont régies par les principes de nécessité et de proportionnalité. Le recours à la force n'est justifié, compte tenu des circonstances, que si aucun autre moyen n'est utilisable et si la coercition ou la violence est restée mesurée. En étendant le fait justificatif tiré des nécessités militaires aux opérations extérieures de police, la loi nouvelle n'institue pas en faveur des membres des forces armées un régime spécifique par dérogation au droit commun. Au contraire, la cause d'impunité qu'elle consacre doit être comprise à la lumière des principes généraux gouvernant le recours à la force.

En adoptant la loi du 18 décembre 2013, le législateur a préféré entraver l'exercice de l'action publique née d'une infraction commise en opération extérieure plutôt que d'octroyer aux militaires une impunité, fût-elle limitée aux fautes d'imprudence.

⁴² Convention de Rome portant statut de la Cour pénale internationale, 17 juil. 1998, art. 31, 1, c.

⁴³ C. pr. pén., art. 73.

⁴⁴ C. défense, art. L.2338-3

⁴⁵ V. not. CEDH, 27 sept.1995, *Mc Cann et a. c. Royaume-Uni*.

Mais il n'est parvenu à sauvegarder l'égalité de principe entre civils et militaires devant la loi pénale de fond qu'en instaurant une procédure répressive d'exception.
