

L'homicide ciblé, le drone aérien militaire et la lutte contre le terrorisme

par David CUMIN

*Maître de conférences (HDR) de droit public
à l'Université Jean Moulin Lyon III (EA4586, CLESID)*

La pratique des « *homicides d'État* » est ancienne et connue¹, pour inavouée qu'elle soit. Elle a été divulguée en France dans l'ouvrage signé par Gérard Davet et Fabrice Lhomme². Dans ce livre, François Hollande évoque les « *opérations Homo* » : « Homo » pour « homicide ». Ou comment les services spéciaux, d'une part, établissent des listes de cibles, d'autre part, exécutent, à l'étranger, ces cibles sur ordre de l'autorité politique. Il est dit qu'avant comme après les attentats du 13 novembre 2015, des individus, des « *ennemis d'État* », ont été éliminés sur commandement présidentiel, leurs noms étant gardés sur une liste également secrète. Ces meurtres, extraterritoriaux, n'ont pas été opérés par le biais de drones armés : la France n'en dispose pas. Mais elle en disposera bientôt³. Pour l'heure, elle a des drones de renseignement indiquant les cibles que des avions de chasse détruisent ensuite. De leur côté, les chefs d'État ou de gouvernement des États-Unis ou de la Grande-Bretagne utilisent, et justifient, l'emploi homicide, en territoire étranger, du drone armé. D'autres États procèdent à des exécutions extrajudiciaires de personnes menaçant leur sécurité nationale, mais ils ne communiquent pas sur cette question. Le problème soulevé, international, est donc celui du droit de tuer, ou de la suspension du droit à la

1. Cf. Vincent Nouzille : *Les tueurs de la République. Assassinats et opérations spéciales des services secrets*, Paris, Fayard, 2015.

2. Voir le paragraphe « “On a une liste de noms de tous les gens qu'on a éliminés” », in Gérard Davet, Fabrice Lhomme, *Un Président ne devrait pas dire ça... Les secrets d'un quinquennat*, Paris, Stock, 2016, p. 601-603.

3. Cf. le Rapport d'information établi au nom de la Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées du Sénat par le groupe de travail *Les drones dans les forces armées*, Cédric Perrin et Gilbert Roger, co-présidents, Jean-Marie Bockel et Raymond Vall, sénateurs, 23 mai 2017. La ministre des armées, Florence Parly, a annoncé, le 5 septembre 2017, l'armement prochain, pour 2019, des drones *Reaper* de l'armée de l'air française, en attendant la mise en place d'un drone MALE européen conçu avec l'Allemagne, l'Italie et l'Espagne à l'horizon 2025.

vie, sous le couvert du secret de la défense nationale⁴. Il existe des dérogations au droit à la vie : c'est l'interdiction de la privation arbitraire de la vie qui est indérogeable. Mise à part l'exception judiciaire de la peine de mort dans les États où elle subsiste, lesdites dérogations s'inscrivent dans le droit de police d'une part, le droit de guerre d'autre part. Précisément, l'homicide ciblé sous Hollande, l'emploi homicide du drone armé par les Gouvernements américain et britannique, s'effectuent dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, baptisée « *guerre* ». L'homicide ciblé était rare ; il est devenu beaucoup plus fréquent avec ladite « *guerre* » ; le drone aérien armé le favorise sensiblement. Or, ce dernier ne peut remplir de mission de police ; il ne peut remplir qu'une mission de guerre ; hors période de conflit armé, il est donc inemployable. A moins de créer un « *droit pénal de l'ennemi* », qui serait un « *droit pénal contre l'ennemi* ». Un système d'armes force le droit. Le sous-marin avait déjà bouleversé le *jus in bello* naval. La bombe atomique a transformé le droit constitutionnel français. Le drone aérien armé va-t-il créer un nouveau système juridique ?

I. Définition et droit applicable au drone aérien militaire

Un drone est un véhicule dont la caractéristique principale est l'absence d'une présence humaine à bord. La terminologie anglaise illustre cette qualité : *unmanned aerial vehicles* (UAV) pour les drones aériens, *unmanned ground vehicles* (UGV) pour les drones terrestres, *unmanned surface vehicles* (USV) pour les drones navals de surface et *unmanned underwater vehicles* (UUV) pour les drones sous-marins. Comme l'adjectif l'indique, les drones aériens évoluent dans le milieu aérien, pas aérospatial, si bien qu'ils sont concernés par la souveraineté aérienne étatique : ils empruntent le territoire aérien des États au-dessus de leur territoire terrestre et maritime, ou bien l'espace aérien international au-dessus de l'espace maritime (et antarctique) international. Ils requièrent un dispositif, à terre généralement, aéroportée ou embarquée éventuellement, de conduite, de programmation et de communication par un personnel humain (pilotage à distance ou télépilotage). C'est pourquoi on parle de système drone ou, pour les drones aériens, d'*unmanned aerial system* (UAS). L'autre caractéristique est la capacité à être réemployé, à l'instar d'un avion ordinaire, mais à la différence d'un missile.

4. Cf. l'article 413-9 du code pénal, qui définit le secret de la défense nationale, les articles 413-10 et 413-11 qui le protègent vis-à-vis d'atteintes par des personnes dépositaires ou par toute autre personne, et l'article 413-12, qui incrimine les tentatives. Cf. aussi le titre I^{er} du livre III du code de la défense, avec ses trois chapitres : protection du secret de la défense nationale, Commission consultative du secret de la défense nationale, règles spéciales, à savoir les archives de la défense ainsi que l'urbanisme et l'environnement. Le Français qui divulgue un secret de la défense nationale à l'étranger peut être un traître selon les articles 411-1 (« *les faits définis par les articles 411-2 à 411-11 constituent... trahison...* ») et 411-6 du code (« *le fait de livrer ou de rendre accessible à une puissance étrangère, à une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou à leurs agents des renseignements... dont l'exploitation, la divulgation ou la réunion est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation est puni de quinze ans de détention criminelle...* »).

Une fois la mission accomplie, le drone rallie une zone de retour où il est récupéré par des opérateurs. Une fois reconditionné, le drone est de nouveau opérationnel pour une nouvelle mission.

Les drones aériens peuvent être civils ou militaires (par nature ou par destination). Il en existe différents types, de quelques kilogrammes pour les plus légers à plusieurs tonnes pour les plus lourds, lancés à la main, à la catapulte, au décollage classique ou vertical, au recueil sous parachute, à l'atterrissage classique ou vertical. Les drones les plus imposants peuvent utiliser des aérodromes ordinaires. Pour les autres, les transitions sol-vol-sol s'effectuent dans des zones sous contrôle des opérateurs. Tout au long du vol, la maîtrise du drone s'effectue en vue directe ou, surtout, hors du champ de vision des opérateurs. Les drones sont dotés d'un système de transmission de données qui leur permet d'être en contact avec les opérateurs et sous leur commandement. Cette transmission est un point faible, car le spectre global des fréquences est proche de la saturation ; or, les drones ont besoin de plus en plus de largeur spectrale pour satisfaire des volumes d'échanges d'informations très abondants. Les risques existent de pertes de liaison, d'interférences ou de brouillages, pour des raisons topographiques, météorologiques ou techniques, mais aussi du fait d'actes hostiles ou criminels (envois d'informations erronées sur une transmission non sécurisée ou détournée). L'Union internationale des télécommunications (UIT), lors des conférences mondiales sur les radio-communications, adopte des résolutions sur les dispositions réglementaires appropriées pour l'exploitation des aéronefs sans pilote : soit l'allocation de bande de fréquences (en l'occurrence 5030-5091 Mhz), soit l'utilisation de systèmes satellitaires. En cas de perte de liaison, les drones possèdent une certaine autonomie d'actions ; celles-ci, aux fins de sécurité de la circulation aérienne et du territoire survolé, doivent être exécutées en transparence avec les services de gestion du trafic aérien ; il en va de même pour les délais de réponse du système drone aux ordres reçus du contrôleur aérien.

Parmi les drones aériens militaires, certains servent à l'observation et au renseignement : les drones de surveillance et de reconnaissance, soit de « haute altitude et longue endurance » (HALE), soit de « moyenne altitude et longue endurance » (MALE). Cette fonction peut être militaire et extraterritoriale, mais aussi de sécurité intérieure. D'autres engins servent au combat. Les drones aériens armés sont des systèmes d'armes. Ils se composent de trois parties : le véhicule aérien ; la charge utile, c'est-à-dire les missiles, dont la munition peut être classique mais aussi, éventuellement, nucléaire, mésologique, biologique, chimique (NMBC) ; le dispositif au sol, ou aéroporté, ou embarqué. La charge utile d'un drone de renseignement est constituée par un ou plusieurs capteurs. En tant que véhicules militaires emportant des missiles susceptibles de contenir des explosifs NMBC, les drones aériens sont des systèmes d'armes concernés par les dispositions spécifiques du droit de la maîtrise des armements (DMA) et du *jus in bello* (ou droit international humanitaire) dans le domaine des missiles et des armes

NMBC⁵. Ils sont également concernés par le contrôle international des transferts de technologies militaires ou duales, notamment l'Arrangement de Wassenaar de 1996⁶. Le drone aérien militaire s'analysant au plan de la navigation aérienne, de l'arme aérienne et de la guerre ou de la police aérienne, lui et son utilisation doivent être compatibles avec le droit aérien, le DMA et le *jus in bello* ou le droit de la police. Le *jus in bello* inclut le « noyau indérogable » du droit international des droits de l'homme (DIDH), spécialement important, puisque le drone armé est l'outil privilégié de l'homicide ciblé. Sont en jeu aussi bien le droit de la police extraterritoriale que le droit des conflits armés internationaux. C'est sur cela que l'on se concentrera. Au cas où l'homicide ciblé serait un assassinat, le droit international de la responsabilité réparatrice et punitive trouve à s'appliquer. Le drone aérien militaire pouvant affecter la souveraineté territoriale (aérienne) d'un État tiers, il intéresse également le droit international de la neutralité, relevant aussi bien du *jus ad bellum* que du *jus in bello*.

II. Les missions du drone aérien militaire

Le drone aérien a des atouts. Il a aussi des handicaps. Il est utile pour des fonctions spécifiques.

Le drone aérien est furtif, pouvant voler haut, discrètement, en ayant la capacité de voir de manière précise, stable et en temps réel. Par rapport aux États tiers, une frappe de drone sur leur territoire est plus acceptable qu'un raid aérien classique, vu la furtivité. Le drone aérien s'affranchit des limites humaines, aussi bien la permanence de vol que le vol en zone hostile en dehors de tout danger direct pour l'opérateur (au loin). La délocalisation des personnels leur permet de se concentrer sur l'analyse des images de renseignement, fournies en continu, sans qu'ils soient exposés au stress du danger. En l'absence de capacité de frappe sur le dispositif au sol ou aéroporté ou embarqué, l'opérateur ne risque rien, si bien que le drone remplit l'objectif d'une guerre à « *zéro mort* ». En cas de destruction du véhicule aérien, aucune perte humaine n'est à déplorer, ni aucun prisonnier par l'adversaire.

Toutefois, le drone aérien demeure vulnérable, car relativement lent, peu manœuvrant, tributaire de transmissions de données attaquables. Incapable de rivaliser avec les avions de chasse, il ne peut « *occuper* » le ciel qu'en milieu aérien permissif, pas en milieu contesté. Très spécifiquement, le drone armé ne peut que tuer ou laisser vivre, pas arrêter ni sommer. Il est donc impropre à des missions de police.

5. D'une part, le *Missile Technology Control Regime* (MTCR) ; d'autre part, les conventions sur les armes nucléaires (notamment le Traité sur la non-prolifération de 1968), la Convention sur les armes mésologiques de 1976, les conventions sur les armes biologiques et chimiques de 1925, 1972 et 1993.

6. Remplaçant l'ancien COCOM, *Coordinating Committee for Multilateral Export Control*, prévalant à l'époque de la Guerre froide.

Opérant dans un contexte de suprématie aérienne, le drone est surtout destiné à intervenir dans des conflits armés asymétriques ou dissymétriques, face à un ennemi ne disposant pas de moyens aériens ou anti-aériens efficaces. Dans l'hypothèse de la « *guerre au terrorisme* », il permet des frappes ciblées, évitant les bombardements de zone, donc les dommages collatéraux, ou de s'encombrer de captifs dont on ne sait (ou ne veut savoir) quel statut leur accorder, quelle procédure judiciaire et quel traitement pénitentiaire.

Qui décide de la frappe ? Les drones ressemblent à des robots. Il existe trois types de robots armés létaux : les *Human-in-the-Loop Weapons*, qui ne peuvent choisir leur cible et ne peuvent tirer que sous commandement humain ; les *Human-on-the-Loop Weapons*, qui choisissent leur cible et tirent automatiquement, mais sous supervision d'un humain pouvant à tout moment annuler l'action ; les *Human-out-of-the-Loop Weapons*, qui choisissent et tirent sans intervention humaine. Les drones armés actuels en restent aux *in* et aux *on*, à l'exclusion des *out*. Il existe trois modes de vol : un premier où le drone vole en commande manuelle ; un deuxième, semi-autonome, où la trajectoire du drone se déroule sous contrôle continu de l'opérateur-pilote ; un troisième, en mode préprogrammé, pour lequel une fois le drone décollé, aucune opération humaine de pilotage n'est plus nécessaire pour fixer le vol et assurer la mission. Dans ce dernier cas, même si une intervention humaine n'a plus besoin d'être requise, la trajectoire du drone a été préalablement définie par l'opérateur (avant le décollage). De même, en cas de perte de liaison entre le drone et l'opérateur, le véhicule n'improvise pas sa mission. Tous les plans de vol possibles sont prédéfinis avant le décollage. Le drone demeure en permanence sous la responsabilité du personnel, quelle que soit la situation. De plus, un drone communique en continu l'ensemble de ses paramètres de vol à la station de contrôle. Fondamentalement, les drones n'ont pas de pouvoir décisionnel. L'autonomie ne se confond pas avec l'automatisation, et vice-versa. Un drone n'a pas la capacité d'agir par lui-même : il n'est pas un robot légal autonome (RLA). Programmé, il est automatisé, son autonomie est d'exécution, elle n'est pas de décision : il exécute de manière autonome, sans plus d'intervention humaine, les tâches qui lui ont été programmés ; il ne décide pas de manière autonome, sans intervention humaine préalable, son programme de vol ou d'action. Ce programme est fixé par l'opérateur. Celui-ci est un combattant au sens où il appartient à une force armée et/ou participe directement aux hostilités⁷.

7. Cf. le *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, édité par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), Genève, 2010, sous la direction de Nils Melzer. Le *Guide* confirme la qualité de combattants des opérateurs de drones : « *les attaques menées par des aéronefs sans pilote... peuvent impliquer simultanément plusieurs personnes : informaticiens opérant le véhicule par guidage à distance, techniciens illuminant la cible, équipages d'aéronefs collectant des données, spécialistes contrôlant la mise à feu de missiles, radio-opérateurs transmettant des ordres, tout comme le responsable commandant l'ensemble... Alors que toutes ces personnes font partie intégrante de l'opération et participent directement aux hostilités, seules quelques-unes d'entre elles mènent des activités qui, prises séparément, pourraient être*

Quel cible l'opérateur de drone a-t-il le droit de frapper ? Le combattant ennemi. Il peut le faire précisément, en conformité avec le *principe de distinction* du *jus in bello*, c'est-à-dire la discrimination des combattants et des non-combattants. En effet, le drone cumule trois atouts au plan du renseignement : l'analyse d'une zone en temps réel, de manière permanente (grâce à l'absence de personnel à bord) et dans la longue durée (le drone ne survolant pas une zone, mais y demeurant). De plus, il permet le traitement rapide des cibles, qu'il peut viser précisément grâce à ses munitions guidées. La précision signifie à la fois viser juste – la cible licite, dont la destruction est nécessaire – et distinguer combattants/non-combattants – sans dommages collatéraux. Dans un contexte de guerre irrégulière et de contre-guerre irrégulière, notamment en zone urbaine, il est difficile de discerner les personnes appartenant à une organisation armée ou participant directement aux hostilités, ou encore de distinguer les combattants des non-combattants, ceux-ci se dissimulant parmi ceux-là. La résolution du problème réside dans la continuité de l'observation directe, offrant la fiabilité du renseignement. Le drone est l'outil idoine⁸. Grâce à sa capacité de surveillance, il fournit beaucoup d'informations sur le comportement ou l'activité d'un individu. D'un autre côté, le drone armé ne peut que tuer ou laisser vivre, pas interner, assigner à résidence ou évacuer des personnes suspectes. C'est pourquoi, en cas de doute sur l'appartenance d'un individu à une organisation armée ou sur sa participation directe aux hostilités, la présomption de civilité s'impose. Le drone augmente la distance physique entre l'opérateur et la cible ; il réduit la distance perceptive, car l'opérateur, à la différence du pilote d'avion, voit, connaît, sa cible. L'opérateur ne craint pas pour sa vie, tant que l'ennemi ne dispose pas de missiles intercontinentaux ; il peut prendre le temps de discerner le combattant adverse ; le fait que tout soit enregistré permet d'évaluer *a posteriori* la décision de tirer, donc crée une responsabilité plus élevée. Il y a ainsi une procédure de l'homicide ciblé : on vérifie de manière probante si l'activité d'un individu l'assimile à un combattant. Somme toute,

considérées comme causant directement le niveau de nuisance requis. Par conséquent, le critère du lien de causalité directe doit être interprété comme incluant les conduites qui... causent des effets nuisibles... en conjonction avec d'autres actes. Plus précisément, même si un acte spécifique ne suffisait pas, à lui seul, à causer directement des effets nuisibles atteignant un certain seuil, l'exigence de causalité directe serait néanmoins satisfaite si l'acte faisait partie intégrante d'une opération tactique... coordonnée causant directement de tels effets nuisibles. Parmi les exemples d'actes de ce type, figurent notamment l'identification et le marquage des cibles, l'analyse et la transmission de renseignements... pour attaquer des forces ainsi que l'instruction dispensée et l'assistance fournie aux troupes pour l'exécution d'une opération militaire spécifique » (p. 56-57).

8. « Dans le cas d'une opération contre une personne, il s'agit notamment d'établir si celle-ci est bien un membre d'une organisation armée ou un civil qui participe directement aux hostilités, et, en cas de réponse positive, s'il est nécessaire de faire usage de la force létale... ou s'il est possible... d'obtenir le même résultat en capturant la cible. Dans le cas où la cible, qu'elle soit une personne ou un site à usage militaire, se trouve dans une zone habitée, l'opération est préparée à l'aide de tous les renseignements disponibles, les renseignements issus de drones ayant désormais une importance primordiale du fait de la qualité de leurs capteurs » (Rapport d'information du Sénat, p. 60).

le drone aérien combine renseignement continu et frappe précise, soit les qualités de la « force maîtrisée » conforme au *jus in bello*.

Le problème ne porte donc pas sur le *principe de distinction* en *jus in bello*. Il porte sur l'homicide ciblé lui-même. Le Rapport d'information du Sénat du 23 mai 2017 affirme que la « *la France est l'un des pays les plus attachés à la légalité internationale de ses engagements militaires* » ; conséquemment, il souligne que l'utilisation de drones armés doit s'effectuer dans le contexte d'un conflit armé et en conformité avec le droit international applicable (*jus ad bellum* et *jus in bello*) ; au contraire, « *les modalités d'application du droit de la guerre (sont) remises en cause lorsque les drones sont employés en dehors des cas de conflits armés internationaux ou non internationaux* » ; il n'est pas question d'employer des drones pour des « *exécutions extrajudiciaires* »⁹. Or, les drones armés sont, jusque-là, essentiellement utilisés dans la « guerre au terrorisme » (dont le caractère asymétrique crée un milieu aérien permissif favorable aux drones). Celle-ci est-elle un conflit armé réel dans lequel s'affrontent des (collectivités de) combattants pouvant licitement tuer et être tués ? Le terrorisme est une infraction pénale. Quelle est la part de la police et de la guerre dans la lutte contre le terrorisme ? Admettons que le drone aérien permet de viser exactement le « combattant ennemi ». Mais le combattant ennemi suppose l'existence d'un conflit armé reconnu. Tuer des individus considérés comme ennemis sans qu'il existe un conflit armé réel, n'est pas le propre des drones. La pratique des homicides ciblés, par des opérations spéciales ou de commandos par exemple, préexiste largement à l'utilisation du drone aérien. La controverse doit porter sur l'établissement par le Gouvernement (en dehors de toute approbation parlementaire ou de tout contrôle juridictionnel, sous le couvert du secret de la défense nationale) de listes d'individus à exécuter et sur leur exécution, infiniment plus que sur le moyen d'exécuter. Toutefois, le drone aérien armé facilite considérablement le meurtre ciblé. Aussi est-il tout indiqué pour le questionner juridiquement. D'autant qu'il est susceptible d'écourter la chaîne de commandement entre le décideur (l'autorité politique), l'exécutant (l'opérateur) et la cible.

III. La dérogation au droit à la vie selon le droit de police

Une opération secrète, par drone ou par commando, consistant à exécuter hors de toute sentence judiciaire une personne suspecte d'appartenir à un réseau terroriste ou de participer à des activités terroristes, pose problème par rapport aux droits de l'homme, en l'occurrence le droit à la vie, la présomption d'innocence et le droit à un procès équitable. Selon l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 (CEDH), « *la mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi. La mort n'est pas considérée comme infligée en*

9. Cf. les p. 54-57, 73, 83-84 du Rapport.

violation de cet article dans le cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire : pour assurer la défense de tout personne contre la violence illégale ; pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ; pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection ». L'article 15 paragraphe 2 ajoute que la dérogation au droit à la vie est permise « *pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre* ». Ainsi, s'agissant de l'usage de la force létale par les agents publics, la CEDH, comme l'ensemble du droit pertinent (autres conventions, lois, jurisprudence), montrent l'existence de deux systèmes juridiques, l'un en temps de paix, principalement le droit pénal, l'autre en temps de guerre, le *jus in bello*.

Du côté des Nations Unies, les standards de police ont été établis par le *code de conduite pour les responsables de l'application des lois* (RAL) et par les *Principes de base sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois*¹⁰. Les RAL « *ne doivent pas faire usage d'armes à feu contre des personnes sauf en cas de légitime défense, ou pour défendre des tiers contre une menace imminente de mort ou de blessure grave, ou pour prévenir une infraction particulièrement grave mettant sérieusement en danger des vies humaines, ou pour procéder à l'arrestation d'une personne présentant un tel risque et résistant à leur autorité, ou l'empêcher de s'échapper, et seulement lorsque des mesures moins extrêmes sont insuffisantes pour atteindre ces objectifs. Quoi qu'il en soit, ils ne recourront intentionnellement à l'usage meurtrier d'armes à feu que si cela est absolument inévitable pour protéger des vies humaines* ». Dans une telle situation, les RAL « *doivent se faire connaître en tant que tels et donner un avertissement clair de leur intention d'utiliser des armes à feu, en laissant un délai suffisant pour que l'avertissement puisse être suivi d'effet, à moins qu'une telle façon de procéder ne compromette indûment la sécurité des responsables de l'application des lois, qu'elle ne présente un danger de mort ou d'accident grave pour d'autres personnes ou qu'elle ne soit manifestement inappropriée ou inutile vu les circonstances de l'incident* »¹¹. La « réserve des circonstances » aurait pour but et effet de ménager la possibilité d'une violence proactive, et pas seulement réactive, contre le grand banditisme, des preneurs d'otages ou des insurgés.

10. Le *code de conduite pour les responsables de l'application des lois*, adopté par la résolution 34/169 de l'AGNU du 17 décembre 1979, les *Principes de base sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois*, adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, La Havane, 27 août-7 septembre 1990.

11. Neuvième et dixième principes de base (souligné par nous).

On connaît les causes d'irresponsabilité pénale en France : la légitime défense¹², l'autorisation de la loi¹³, le commandement de l'autorité légitime¹⁴, l'état de nécessité¹⁵, auxquels s'ajoute l'article 122-4-1 du code pénal (loi du 3 juin 2016) remplacé par l'article L. 435-1 du code de la sécurité intérieure (loi du 28 février 2017)¹⁶. Pour l'emploi de la force létale en cas de guerre, l'autorisation de la loi et le commandement de l'autorité légitime jouent spécifiquement, pourvu que l'emploi demeure conforme au droit international applicable (le *jus in bello*). La coercition policière est guidée par le principe inscrit à l'article R. 434-18 du code de la sécurité intérieure : « *le policier ou le gendarme emploie la force dans le cadre fixé par la loi, seulement lorsque c'est nécessaire, et de façon proportionnée au but à atteindre ou à la gravité*

12. « *N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte. N'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi, dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction* » (art. 122-5 du code pénal).

13. « *N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par les dispositions législatives ou réglementaires* » (art. 122-4 al. 1).

14. « *N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal* » (art. 122-4 al.2).

15. « *N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace* » (art. 122-7).

16. « *N'est pas pénalement responsable le fonctionnaire de la police nationale, le militaire de la gendarmerie nationale, le militaire déployé sur le territoire national dans le cadre des réquisitions prévues à l'article L. 1321-1 du code de la défense, ou l'agent des douanes qui fait un usage absolument nécessaire et strictement proportionné de son arme dans le but exclusif d'empêcher la réitération, dans un temps rapproché, d'un ou plusieurs meurtres venant d'être commis, lorsque l'agent a des raisons réelles et objectives d'estimer que cette réitération est probable au regard des informations dont il dispose au moment où il fait usage de son arme* », disait l'article 122-4-1. Voici l'article L. 435-1 : « *dans l'exercice de leurs fonctions et revêtus de leur uniforme ou des insignes extérieures et apparents de leur qualité, les agents de la police nationale et les militaires de la gendarmerie nationale peuvent, outre les cas mentionnés à l'article L. 211-9, faire usage de leurs armes en cas d'absolue nécessité et de manière strictement proportionnée : 1° lorsque des atteintes à la vie ou à l'intégrité physique sont portées contre eux ou contre autrui ou lorsque des personnes armées menacent leur vie ou leur intégrité physique ou celles d'autrui ; 2° lorsque, après deux sommations faites à haute voix, ils ne peuvent défendre autrement les lieux qu'ils occupent ou les personnes qui leur sont confiées ; 3° lorsque, immédiatement après deux sommations adressées à haute voix, ils ne peuvent contraindre à s'arrêter, autrement que par l'usage des armes, des personnes qui cherchent à échapper à leur garde ou à leurs investigations et qui sont susceptibles de perpétrer, dans leur fuite, des atteintes à la vie ou à leur intégrité physique ou à celles d'autrui ; 4° lorsqu'ils ne peuvent immobiliser, autrement que par l'usage des armes, des véhicules, embarcations ou autres moyens de transport, dont les conducteurs n'obtempèrent pas à l'ordre d'arrêt et dont les occupants sont susceptibles de perpétrer, dans leur fuite, des atteintes à leur vie ou à leur intégrité physique ou à celles d'autrui ; 5° dans le but exclusif d'empêcher la réitération, dans un temps rapproché, d'un ou de plusieurs meurtres ou tentatives de meurtres venant d'être commis, lorsqu'ils ont des raisons réelles et objectives d'estimer que cette réitération est probable au regard des informations dont il dispose au moment où ils font usage de leurs armes* ». Les policiers municipaux autorisés à porter une arme bénéficient des dispositions de l'article L. 435-1 du code de la sécurité intérieure (art. L. 511-5-1 du même code).

de la menace, selon le cas. Il ne fait usage des armes qu'en cas d'absolue nécessité et dans le cadre des dispositions législatives applicables à son propre statut ». Certains statuts particuliers prévoient, en situations particulières, un cadre d'usage des armes particulier, en dérogation au droit commun de la légitime défense. Ainsi les gendarmes, les douaniers, les agents pénitentiaires et les militaires ont le droit, dans l'exercice de certaines missions, de faire usage de la force létale indépendamment d'une situation de légitime défense, mais sous le respect du critère d'absolue nécessité¹⁷. Autre cas de figure spécifique : l'attroupement, lui aussi étroitement encadré¹⁸. Quant aux militaires, ils bénéficient de dispositions spécifiques, soit pour protéger une zone de défense : « n'est pas pénalement responsable le militaire qui déploie, après sommation, la force armée absolument nécessaire pour empêcher ou interrompre toute intrusion dans une zone de défense hautement sensible et procéder à l'arrestation de l'auteur de cette intrusion » (art. L. 4123-12 du code de la défense), soit pour exécuter une mission de défense : « n'est pas pénalement responsable le militaire qui, dans le respect des règles du droit international et dans le cadre d'une opération mobilisant des capacités militaires, se déroulant à l'extérieur du territoire français ou

17. Selon l'article L. 2338-3 du code de la défense, « les officiers et sous-officiers de gendarmerie ne peuvent, en l'absence de l'autorité judiciaire ou administrative, déployer la force armée que dans les cas suivants : 1° lorsque des violences ou des voies de fait sont exercées contre eux ou lorsqu'ils sont menacés par des individus armés ; 2° lorsqu'ils ne peuvent défendre autrement le terrain qu'ils occupent, les postes ou les personnes qui leur sont confiées ou, enfin, si la résistance est telle qu'elle ne puisse être vaincue que par la force des armes ; 3° lorsque les personnes invitées à s'arrêter par des appels répétés de 'halte gendarmerie' faits à haute voix cherchent à s'échapper à leur garde ou à leurs investigations et ne peuvent être contraintes de s'arrêter que par l'usage des armes ; 4° lorsqu'ils ne peuvent immobiliser autrement les véhicules, embarcations ou autres moyens de transport dont les conducteurs n'obtempèrent pas à l'ordre d'arrêt. Ils sont également autorisés à faire usage de tous engins... appropriés tels que herses, hérissons, câbles, pour immobiliser les moyens de transport quand les conducteurs ne s'arrêtent pas à leurs sommations ». Les douaniers bénéficient des dispositions de l'article 435-1 du code de la sécurité intérieure (art. 56 du code des douanes). Les agents pénitentiaires peuvent faire usage d'armes à feu, sous réserve que cet usage soit proportionné et précédé de sommations proférées à haut voix, dans deux situations : en cas de tentative d'évasion qui ne peut être stoppée par d'autres moyens ; en cas de mise en péril de l'établissement résultant d'une intrusion, d'une résistance violente de la part de personnes détenues ou de leur inertie physique aux ordres donnés (art. R. 57-7-84 du code de procédure pénale).

18. Un attroupement peut être dispersé par la force, après accomplissement d'une procédure de double sommation diligentée par un officier de police judiciaire porteur des insignes de sa fonction (art. L. 211-9 du code de la sécurité intérieure, art. D. 1321-5 du code de la défense). Les conditions d'emploi de la force au rétablissement de l'ordre sont au nombre de quatre : qu'un attroupement se soit formé ; qu'une autorité habilitée ait décidé sa dissipation ; que des sommations soient prononcées ; que le rassemblement illicite ne se dissipe pas. L'emploi de la force dans le cadre du rétablissement de l'ordre consiste à mettre en œuvre des moyens coercitifs strictement nécessaires à la dispersion d'un attroupement (*id est* un rassemblement de personnes sur la voie publique ou dans un lieu susceptible de troubler l'ordre public, selon l'article 413-3 du code pénal). En cas d'ouverture du feu sur les agents de la force publique agissant en unité constituée, celle-ci peut riposter. Mais la riposte doit être absolument nécessaire au regard des circonstances. Les violences exercées contre la force publique devront faire l'objet d'un constat précis permettant au juge judiciaire d'en établir la matérialité et d'exercer un contrôle *a posteriori*. Ce n'est qu'en raison de circonstances exceptionnelles et précises que l'emploi de la force peut être mis en œuvre sans sommation à l'encontre de manifestants troublant gravement l'ordre public.

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, exerce des mesures de coercition ou fait usage de la force armée, ou en donne l'ordre, lorsque cela est nécessaire à l'exercice de sa mission » (art. L. 4123-12). L'article L. 4123-12 renvoie pour l'essentiel au jus in bello.

IV. La « lutte contre le terrorisme » : police ou guerre ?

En France, le terrorisme est défini et réprimé aux articles 421-1 et suivants du code pénal, cependant que l'article 88 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* (TFUE) intègre le terrorisme dans les missions d'Europol ; toutefois, l'article 43-1 du *Traité sur l'Union européenne* (TUE) et l'article 222 TFUE prévoient la possibilité d'une réponse militaire au terrorisme. Le terroriste est un infracteur ; il est aussi un ennemi. La « guerre au terrorisme » suppose, comme toute guerre, une relation d'hostilité. Un ennemi nous a désigné ou a été désigné par nous : le jihadisme (principalement *Al-Qaïda*, *Daesh* et leurs associés, dont *Boko Haram*), affublé de l'étiquette « *terroriste* ». La formule « *guerre au terrorisme* » a créé un brouillard qu'il faut dissiper : l'association de deux mots, l'un clair, l'autre nébuleux, le second ayant fini par rendre nébuleux le premier, d'autant qu'il désigne une violence du temps de paix ! Se trouvent donc associés deux phénomènes de violence politique, dont l'un est une institution juridique (il existe un droit de la guerre), dont l'autre (l'attentat et ce qui le précède, accompagne ou prolonge) est intrinsèquement criminel, tout en étant à la fois matériellement politique et formellement dépolitisé en droit pénal, ce dernier empêchant par voie de conséquence une définition véritable, quand bien même la répression exige définition ! On a donc un imbroglio rhétorique, un monstre sémantique. Répétons-le, on ne fait pas la guerre à une méthode d'action, mais à une collectivité (combattante) concrète : les mouvements jihadistes en l'occurrence.

L'ennemi est un concept du temps de guerre, les hostilités supposant l'hostilité. L'ennemi est-il concevable en temps de paix, y compris lorsque l'on entend prévenir la mutation de l'hostilité en hostilités ? Admettons-le. Dans un État de droit libéral, l'ennemi – le jihadiste – est appréhendé sous les catégories du trouble à l'ordre public en droit administratif, de l'infraction en droit pénal. Il est titulaire des droits de l'homme. S'il trouble ou risque de troubler l'ordre public, ses libertés peuvent être limitées par l'autorité administrative. S'il commet des infractions, il peut être arrêté, jugé et condamné par l'autorité judiciaire. Dans les deux cas, il a droit à un juge indépendant, impartial et équitable. La lutte contre l'ennemi en temps de paix requiert avant tout l'art de la persuasion : le retourner ou l'empêcher de rallier l'opinion. Ou bien elle requiert l'exercice de pouvoirs de police administrative ou judiciaire. En cas de grave danger, les pouvoirs de police peuvent être accrus par des régimes d'exception, tels l'état d'urgence ou l'état

de siège en France. Au plus élevé se trouve l'exercice de pouvoirs de guerre, dont le *jus in bello* applicable constitue la limite. Au Gouvernement de choisir : si le péril justifie l'exercice de pouvoirs de guerre, il doit reconnaître l'état de guerre, donc l'égale applicabilité du *jus in bello* entre les parties belligérantes, quelle que soit leur inégalité de statut ou de *causa* en *jus ad bellum* ; sinon, il doit s'en tenir à l'exercice de pouvoirs de police, y compris en coopération internationale. Le péril ne peut être grand qu'en cas de structuration et de militarisation d'un ou plusieurs groupes : on retrouve les critères objectifs du conflit armé (organisation des parties et intensité de la violence), dans le contexte duquel s'exercent les pouvoirs de guerre.

Comme pour toute arme utilisée, il existe deux hypothèses sur le droit applicable aux frappes de drones : celle du temps de paix et du droit de police, celle du temps de guerre et du *jus in bello*. La controverse porte sur le contexte : sommes-nous en paix ou en guerre ?, ainsi que sur les règles découlant du contexte : quel usage licite de la force létale ? Le droit à la vie - avec lui, la présomption d'innocence et le droit à un procès équitable - ne peut être suspendu que si les conditions du droit de police ou celles du droit de guerre sont respectées. Le droit à la vie fait partie des droits de l'homme. Le droit international des droits de l'homme (DIDH) s'applique en tout temps, y compris lors d'un conflit armé. Cependant, en période de conflit armé, la protection offerte par les conventions internationales des droits de l'homme peut être réduite par la mise en œuvre de clauses dérogatoires, sauf le « *noyau indérogeable* », dont l'interdiction de la privation arbitraire de la vie.

Les frappes sont considérées comme des mesures de police visant à faire respecter la loi et à arrêter ceux qui la violent (*law enforcement*), y compris à l'étranger. Mais dans le cadre du droit de police, l'individu doit être recherché puis arrêté, en lui laissant la possibilité de se rendre, puis d'être jugé, après éventuelle extradition s'il se trouve à l'étranger ; l'usage de la force létale n'est admissible qu'en légitime défense au sens du code pénal ou en cas de résistance après sommation ou en absolue nécessité, non pas de manière proactive (il n'est pas question de tuer délibérément des suspects). Or, les drones armés ne permettent ni de capturer ni de sommer : ils ne peuvent que tirer, érigeant la force létale en seule option opérationnelle disponible. L'homicide ciblé par des drones aériens pourrait-il s'appuyer sur la « réserve des circonstances » énoncée dans le dixième *principe de base* des Nations Unies sur l'usage des armes par les RAL ? Non. La « réserve » ne joue que dans l'urgence d'une situation concrète, pas à l'autre bout du monde contre des personnes ne se trouvant pas en position de combat ou de feu.

Les frappes sont considérées comme des actes de guerre visant à affaiblir ou à vaincre l'ennemi et à tuer les combattants adverses, y compris à l'étranger. Dans le cadre des pouvoirs de guerre, s'applique le *jus in bello*. Il faut alors que la lutte contre le terrorisme soit valablement qualifiée de « conflit armé », ce qui suppose que l'État soit confronté à des organisations militarisées. Comme dit le rapport d'information du Sénat, « *l'application de la force létale n'est possible qu'en cas de conflit armé* », et c'est bien dans le

cadre de conflits armés que les forces françaises emploieraient des drones armés, sans qu'il soit question aujourd'hui ni demain d'« exécutions extrajudiciaires » (p. 57, 83).

Si les deux hypothèses de la police et de la guerre ne sont pas vérifiées, trois possibilités s'ouvrent.

1) On se trouverait dans un *vide juridique*, comblé par une pratique gouvernementale, hors contrôle parlementaire ou juridictionnel, de l'homicide listé (l'établissement de listes de personnes à abattre) puis ciblé (l'ordre de tirer sur une personne listée), à la fois secrète dans ses modalités (drones aériens ou opérations spéciales), divulguée par les médias (ou un Président qui « ne devrait pas dire ça ») et illicite dans ses effets (létaux).

2) Ou bien, ce que revendiquent implicitement les Gouvernements intéressés, on se trouverait dans une *situation hybride* dans laquelle l'exécutif, sans contrôle parlementaire ni juridictionnel, bénéficierait des opportunités de chacun des deux régimes de la police et de la guerre sans connaître les contraintes d'aucun, autrement dit, le droit de tuer, à l'étranger, tout « terroriste » comme s'il était un combattant ennemi mais sans lui reconnaître aucun statut de prisonnier de guerre en cas de capture ou de reddition¹⁹.

3) Ou alors, la solution serait de créer un *troisième cadre*, entre droit de police et droit de guerre, à savoir un « droit pénal contre l'ennemi » : le droit d'exécuter, à l'étranger, avec le consentement de l'État local, le « terroriste » avéré impossible à arrêter ou à obtenir l'extradition, sous contrôle d'une commission parlementaire et/ou d'une juridiction habilitée²⁰, sinon un contrôle *a priori* sur les listes, du moins un contrôle *a posteriori* sur les tirs. Si le drone armé n'est pas compatible avec le droit de la police, ce qui est certain, et si la « guerre au terrorisme » n'est qu'une fiction, ce qui est possible, il faut soit renoncer au drone, comme à tout homicide ciblé, soit s'en tenir à l'action secrète et illicite, réservée à l'exécutif, sans contrôle parlementaire ni juridictionnel. Ou bien il faut inventer le « *droit pénal de l'ennemi* », c'est-à-dire rendre positive (légale) une formule jusque-là critique (en doctrine)²¹, tout en réformant le secret de la défense nationale. Bien sûr, ce droit ne serait pas codifié, mais il reposerait sur un droit international coutumier en formation, attesté par la pratique des États (le meurtre de « terroristes » à l'étranger) et leur conviction sur la légitimité de cette pratique (qui semble largement partagée vu le large consentement des États territorialement concernés).

19. Grégoire Chamayou évoque, de manière critique, un « *droit de police létale mondialisée* », in *Théorie du drone*, Paris, La Fabrique, 2013, p. 238.

20. La chambre criminelle de la Cour de Cassation en France ?

21. Cf. Olivier Cahn : « "Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre". Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi », *Arch. pol. crim.*, 2016, p. 91-121, qui offre la meilleure synthèse à ce jour de la discussion juridique sur le « *droit pénal de l'ennemi* ».

V. La lutte contre le terrorisme sous l'angle du droit de la guerre

Les drones aériens ne peuvent appliquer, ni même respecter, les lois de police (il est certain que, depuis quinze ans, les opérateurs de drone et leur hiérarchie, ainsi que les services spéciaux perpétrant des meurtres ciblés, se situent en dehors du cadre juridique de la police). Ils ne peuvent appliquer – et ils doivent les respecter – que les lois de guerre. Aussi, pour valider les frappes aériennes létales se comptant par milliers depuis quinze ans au Pakistan, en Somalie, au Yémen, en Irak..., il faut croire en une « guerre contre le terrorisme » qui est, en vérité, une « guerre contre les organisations jihadistes ».

Il faut donc reconnaître que l'on est en guerre, pas seulement rhétoriquement mais juridiquement, et comme la guerre est un duel, reconnaître que l'autre est un ennemi, fût-il aussi un criminel, et qu'il est combattant, fût-il illégal. La reconnaissance a été opérée implicitement et partiellement en *jus in bello* : les États occidentaux insistent sur le renseignement et sur la précision des tirs, soit un hommage rendu au *principe de précaution* et au *principe de distinction* combattants-non combattants - mais les opérations spéciales heurtent le *principe de loyauté*, l'action en tenue civile pouvant être assimilée à de la perfidie. La reconnaissance a été explicitement et complètement exclue en *jus ad bellum*, par la qualification de « *groupes armés terroristes* » adressée aux organisations jihadistes (commettant, commanditant ou revendiquant des attentats en Occident). C'est là qu'on observe le refus de réciprocité²², alors même que la guerre est un duel (devant des tiers, d'où l'existence du droit de la neutralité, consubstantiel au droit de la belligérance). Mais cette guerre-là est conçue comme une répression extra-pénale et extra-territoriale, l'ennemi étant lui-même considéré comme un criminel. Les « *groupes armés terroristes* », ou les organisations jihadistes, sont des forces irrégulières. En *jus in bello*, il est notoire que les combattants irréguliers illégaux, c'est-à-dire ne remplissant pas les conditions conventionnelles prévues pour être prisonniers de guerre (PG) en cas de capture ou de reddition, ne bénéficient pas d'une « *belligérance privilégiée* » en ce sens que, n'étant pas civils, ils n'ont pas droit à l'immunité, et, n'étant pas PG, ils ne sont pas irresponsables pénalement. Toutefois, en cas de doute, l'individu tombé au pouvoir de l'ennemi a droit au traitement de PG jusqu'à ce qu'un tribunal compétent ait statué ; c'est ce bénéfice du doute qui est refusé aux « terroristes ». A tort probablement, car même accordé, le statut de PG n'empêche pas la poursuite pénale en cas de crime international ou d'infraction de droit commun. Quant à la guerre civile, ou conflit armé non international (interne), elle ignore le concept de PG, sauf reconnaissance de belligérance par le Gouvernement confronté à l'insurrection : il n'est donc pas anormal que les insurgés, volontiers qualifiés de « terroristes », soient traités en simples criminels,

22. Le « déni de l'échange dans l'acte de guerre », dit Mondher Kilani, in *Guerre et sacrifice*, Paris, PUF, 2006, p. 11.

même s'ils ont droit à des conditions de détention particulières selon le Protocole additionnel II de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 (P2).

Revenons aux drones aériens. L'emploi de drones armés ne pouvant relever de la police, la décision de recourir à la force armée par le biais de drones et l'action d'user de la force armée par le biais de drones doivent s'analyser au plan des deux branches du droit de la guerre. Quel *jus ad bellum* et quel *jus in bello* ? Depuis 1945, le droit international – créé par et pour les États – prétend limiter la compétence étatique relative à la décision de guerre (le *jus ad bellum*) ; depuis très longtemps, le droit international prétend limiter la compétence militaire relative à l'action de guerre (le *jus in bello*). En *jus ad bellum*, le recours étatique à la force armée dans les relations internationales n'est admissible qu'avec le consentement de l'État territorialement compétent (contre des organisations armées locales), ou qu'en légitime défense face à une agression étatique voire non étatique, ou qu'avec l'autorisation du Conseil de Sécurité des Nations Unies. Quant à l'usage international de la force armée, il doit être compatible avec les règles du droit des conflits armés internationaux. De même que le *jus ad bellum* ignore le contre-terrorisme, le *jus in bello* ignore les « *individus présumés terroristes* ». En temps de guerre, des individus peuvent être frappés s'ils appartiennent à une force armée ou s'ils participent directement aux hostilités. Dans le cas d'organisations armées non étatiques, plus ou surveillées par des drones ou d'autres moyens de renseignement, le fait d'en être membres, du moins dans leurs zones d'implantation, suffit, selon la plupart des États sinon le CICR, pour faire perdre le caractère civil, donc pour justifier le « *listing* » puis le « *killing* », la qualité de membre d'une telle organisation étant assimilable à l'exercice d'une « *fonction de combat continue* ». On se situe donc bien dans le cadre de la belligérance.

Le problème de la « *guerre au terrorisme* », lit-on souvent, est l'absence de parties au conflit, de théâtres d'opérations et d'États tiers. En vérité, les parties existent : Gouvernements ou États d'un côté, organisations jihadistes de l'autre, en conflit interne et/ou international, cependant que les théâtres et les neutres existent aussi, de façon spécifique. C'est là qu'il faut distinguer « *lutte contre le terrorisme* » et « *guerre au terrorisme* ». Il y a une lutte générale contre le terrorisme : cette lutte est mondiale, au sens où il y a une obligation internationale, pour tout État partie aux conventions anti-terroristes ou en vertu des résolutions impératives du CSNU, de prévenir et de réprimer les attentats ou les activités terroristes ; cette lutte, sans neutralité possible, est policière et judiciaire, y compris en coopération internationale ; elle se déroule contre des individus, groupuscules, bandes ou réseaux. En revanche, là où existent des organisations jihadistes, *a fortiori* si elles contrôlent du territoire donc de la population, la lutte contre le « *terrorisme* » change de qualité : elle revêt un caractère militaire, par l'exercice de pouvoirs de guerre, y compris l'intervention à l'étranger ; la neutralité est possible, au sens, sinon d'une impartiale abstention vis-à-vis de toutes les parties belligérantes, du moins d'une abstention militaire vis-à-vis des organisations jihadistes. C'est

le caractère militaire qui justifie l'expression « *guerre au terrorisme* », celle-ci n'étant plus alors métaphorique. La « *guerre au terrorisme* » est universalisée par l'arrière-plan policier et judiciaire, la dimension aéronavale et aérospatiale, l'applicabilité du droit de la neutralité ; elle est localisée par ses zones réelles de conflit armé, en l'occurrence, les territoires contrôlés ou traversés par les organisations jihadistes en lutte contre les Gouvernements locaux et les Puissances étrangères assistant ces derniers et/ou procédant à des frappes par drones aériens ou opérations spéciales. Il n'y a donc pas de « *guerre globale contre le terrorisme* », au sens d'un conflit armé sans limite spatiale ou temporelle. Ce n'est que dans les zones d'implantation des organisations jihadistes, et tant que dure cette implantation, que se trouvent exercés des pouvoirs de guerre ; ailleurs, prévaut l'exercice de pouvoirs de police.

L'emploi de drones aériens, par les États-Unis et la Grande-Bretagne, sinon la France, permet de surveiller ou de frapper des individus de manière extraterritoriale. La question à se poser pour apprécier la légalité d'un tel emploi vis-à-vis des individus concernés est de savoir si l'action meurtrière constitue une opération de police ou une opération de guerre. La première qualification suppose que l'opération ait été compatible avec les règles de l'usage policier de la force létale. On sait que non : un drone armé ne peut que tirer ou laisser vivre, pas arrêter. La seconde qualification suppose qu'un conflit armé existe et que la personne tuée ait été un combattant ennemi. S'il n'y a pas de conflit armé, il faut déduire que l'opération est une exécution extrajudiciaire (répressive, après le fait reproché à l'individu, voire préventive, avant tout fait reproché à l'individu), autrement dit, un assassinat, engageant, tout au long de la chaîne de commandement, la responsabilité des supérieurs qui ont donné l'ordre comme celle des subordonnés qui ont obéi à l'ordre ; quant aux gouvernements tiers ayant consenti à l'opération, ils seraient complices. Dans ce cas de figure, la protection des auteurs de l'exécution extrajudiciaire ne réside(ra) que dans le secret-défense. Ou alors, il faut établir un « *droit pénal de l'ennemi* ».

VI. L'engagement de la responsabilité punitive

La norme indérogable de l'interdiction de la privation arbitraire de la vie oblige à démontrer le caractère non arbitraire de l'usage de la force létale. Un tel caractère est établi à certaines conditions d'exception en temps de paix, qu'on a vues en droit de la police, ou bien aux conditions du temps de guerre : la qualité de combattant (ou le dommage collatéral pourvu qu'il ne soit pas inutile ou excessif). Sinon, l'homicide est un assassinat, fût-il couvert par le secret-défense ou la raison d'État.

A défaut de « *droit pénal de l'ennemi* », sont criminels, donc pénalement répréhensibles, ceux qui ont ordonné – les supérieurs – et ceux qui ont commis – les subordonnés – l'exécution extrajudiciaire ou l'assassinat. A cet égard, on retrouve pour l'opération menée par un système drone le problème

de la responsabilité punitive (devant une juridiction nationale, ou étrangère, ou internationale) dans une chaîne de commandement étatique, à savoir la disjonction des éléments légal, matériel (*actus reus*) et intentionnel (*mens rea*) : ce qui est « *crime* » au regard des conventions internationales est un acte légal (un acte d'État) au regard de la législation interne ; en ce qui concerne les décideurs, la question est de savoir si l'ordre donné suffit à caractériser l'élément matériel de l'infraction ; en ce qui concerne les exécutants, la question est de savoir si l'action commise suffit à caractériser l'élément intentionnel de l'infraction. On retrouve la même solution, à savoir le partage de la responsabilité (la coaction, « *l'entreprise commune* » ou « *l'infraction continue* ») entre le supérieur qui a donné l'ordre et le subordonné qui l'a exécuté, ainsi que la complicité pour ceux qui ont substantiellement aidé à la commission du crime.

Au sommet de la chaîne de commandement, c'est la responsabilité du chef de l'État (États-Unis, France) ou du chef de gouvernement (Grande-Bretagne) qui est susceptible d'être engagée. Le progrès des moyens de communications permet à l'autorité politique de commander directement à l'échelon tactique sans passer par la hiérarchie militaire : ce qu'on appelle le micro-management à distance, brouillant la distinction des trois niveaux classiques (clausewitziens) de la tactique (combattants), de la stratégie (commandement militaire) et de la politique (gouvernement civil). Dans le cas du drone armé, l'autorité politique peut donner l'ordre de tuer directement à l'opérateur, qui exécute à distance. Nécessairement, la question se pose de savoir si un tel ordre est légal ou criminel, donc si la chaîne de commandement sera légale ou criminelle...

Bibliographie

Rapport d'information établi au nom de la Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées du Sénat par le groupe de travail *Les drones dans les forces armées*, Cédric Perrin et Gilbert Roger, coprésidents, Jean-Marie Bockel et Raymond Vall, sénateurs, 23 mai 2017.

Florent Baude, Fabien Vallée : *Droit de la défense*, Paris, Ellipses, 2012.

Grégoire Chamayou : *Théorie du drone*, Paris, La Fabrique, 2013.

David Cumin, *Manuel de droit de la guerre*, Bruxelles, Larcier/Bruylant, 2014 ; *Le droit de la guerre. Traité sur l'emploi de la force armée en droit international*, 3 vol., Paris, L'Harmattan, 2015.

Emmanuel Dupic : *Droit de la sécurité intérieure*, Paris, Gualino, 2014.

Gloria Gaggioli : *L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie*, Paris, Pedone, 2013, préf. Robert Kolb, Marco Sassoli.

Sébastien Gallais : *Cadre juridique de l'emploi des drones au combat*, Paris, L'Harmattan, 2013, préf. Ch. Chabert, L. Vidal.

Jean-Baptiste Jeangène Vilmer : « Légalité et légitimité des drones armés », *Politique étrangère*, 2013, p.119-132.

Rachel Lucas : *Les drones armés au regard du droit international*, Paris, CEDIN/Pedone, 2016, av.-propos Muriel Ubeda-Saillard.

Éric Pomès : « Les bombardements à l'aide de drones et les principes du droit international humanitaire : la difficile conciliation des principes d'humanité et de nécessité militaire », in Anne-Sophie Millet-Devalle (dir.) : *Guerre aérienne et droit international humanitaire*, Paris, Pedone, 2015, p. 263-278

Bertrand Warusfel : « Le cadre juridique incertain de l'action spéciale », publié sur le blog *Hestia Expertise* (<http://hestia.hypotheses.org/702>)

Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2009 : *Droit pénal de l'ennemi – Droit pénal de l'inhumain*

Archives de politique criminelle, 2016 : *Terrorismes*