

Opération Sentinelle et responsabilité des militaires

par Marie-Charlotte DIZÈS et Béatrice THOMAS-TUAL
*Doctorante en droit public et maître de conférences de droit public
à l'Université de Bretagne occidentale – Lab-LEX*

Annonçant le prolongement de Sentinelle, le ministre Jean-Yves Le Drian affirmait le 14 juillet 2016 : « C'est la vocation de nos forces armées d'assurer la sécurité des Français à l'intérieur. Il faut assurer la protection et mener la dissuasion à l'égard d'un agresseur éventuel »¹. Il n'est pas exceptionnel, en France, de faire appel aux forces armées, dont les militaires, pour la protection du territoire national. Par exemple, l'Action de l'État en Mer (AEM) fait appel à la Marine Nationale pour la protection et la sécurité des espaces maritimes.

Quant aux forces terrestres, elles interviennent sur le territoire pour la protection des zones de défense hautement sensibles². Depuis le lancement du Plan Vigipirate renforcé par la suite par l'Opération Sentinelle, l'utilisation des militaires sur le territoire national s'est intensifiée³.

Le Plan Vigipirate trouve sa source dans l'ordonnance de 1959⁴ qui organise la défense nationale en pleine guerre d'Algérie. Ce plan a été pensé comme une réponse exceptionnelle à des menaces temporaires et spécifiques. Il a été déclenché pour la première fois lors de la guerre du Golfe de 1991 et s'est installé dans la durée en 1995 après les attentats de Paris⁵. D'un plan exceptionnel et temporaire, il est devenu, avec plus de 20 ans d'application, un plan quasi-permanent. Vigipirate constitue la clé de voûte de la lutte anti-terroriste en

1. J-Y Le Drian, *L'invité de RTL*, 14 juillet 2016.

2. Art. L. 4123-12 du code de la défense.

3. Par le biais de la réquisition prévue à l'article L. 1321-1 du code de la défense.

4. Ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la Défense.

5. Instruction ministérielle n° 10400/SGDN/MPS/OTP/CD du 26 juillet 1995 établie en exécution de la directive du Premier ministre n° 5038/CAB/CD du 15 juin 1995.

France. Au lendemain des attentats de janvier 2015, l'opération Sentinelle⁶ est venue renforcer ce plan en ayant pour mission d'appuyer les forces de sécurité publique (rôle complémentaire des armées) dans le domaine terrestre pendant la durée de l'alerte attentat. Cette opération a également étendu la protection à l'ensemble des lieux de cultes, écoles confessionnelles, établissements culturels et symboliques sensibles⁷. C'est ainsi que le nombre de militaires engagés sur le territoire national n'a fait que croître. Le nombre de militaires déployés, (indistinctement qu'ils soient de carrière, de contrat ou de réserve) est passé à 10 000 hommes contre 1 000 hommes sous Vigipirate⁸.

Cet engagement est d'autant plus exceptionnel que les différents textes existants régissent le comportement des forces (ici des militaires, le régime des gendarmes étant particulier⁹) en temps de guerre et ne peuvent s'appliquer en temps de paix. Le terme de guerre utilisé de manière courante renvoie au terme de conflit armé en droit. Tandis que le conflit armé international fait référence à un conflit opposant au moins deux entités étatiques, la qualification de conflit armé non international nécessite certains critères qui ne sont pas remplis ici. L'article 1 paragraphe 1 du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, en date 8 juin 1977 les expose : « se déroulent sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole ». Les règles prévues en temps de guerre ne s'appliquent donc pas, elles accordent une protection particulière aux forces armées pour l'exercice de leurs missions sur des théâtres extérieurs (Ni le droit des conflits armés¹⁰, ni les règles de l'article L. 4123-12 paragraphe 2 du code de la défense¹¹). De plus, les textes se sont adaptés au contexte d'intervention des militaires marqué depuis plusieurs

6. Associé à l'Opération Cuirasse pour la protection des sites militaires sensibles.

7. S'appuyant sur le socle de planification de Vigipirate, une série de plans Pirate est également prévue pour contrer des attaques potentielles ou avérées, comme par exemple Piratair contre le terrorisme aérien, Piratox contre le terrorisme nucléaire, radiologique, biologique et chimique,...

8. Ce chiffre a été rappelé par le porte-parole du gouvernement, Stéphane Le Foll, dans son argumentaire du 18 juillet 2016. Il est indiqué dans le rapport annexé de la loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale (*JORF* n° 0294 du 19 décembre 2013 page 20570) et modifié par l'article 2 de l'Annexe de la loi 2015-917 du 28 juillet 2015, actualisant la LPM pour les années 2015-2019 (*JORF* n° 0173 du 29 juillet 2015 page 12873).

9. Loi 2009-971 du 3 août 2009 relative à la gendarmerie nationale, *JORF* n° 0180 du 6 août 2009, p. 13112

10. Règles auxquelles renvoie l'article D. 4122-7 du code de la défense.

11. Qui prévoit les cas d'irresponsabilité des militaires en dehors du territoire national.



années par les opérations extérieures Ces dernières constituent toujours le terrain d'action des armées françaises mais l'opération Sentinelle implique que l'armée soit appelée à être visible et à intervenir sur le territoire national.

La question de la responsabilité des militaires, « correspondant principalement à l'obligation qui pèse sur une personne de réparer les dommages subis par une autre personne »¹², n'est certainement pas récente. Elle trouve son origine dans le régime de la responsabilité de l'État et de ses agents. Historiquement, l'État et ses agents étaient irresponsables en vertu de l'adage selon lequel « le Roi ne peut mal faire », par conséquent l'État ne peut mal faire. Un cas cependant de responsabilité de l'État était reconnu, pour les dommages causés par les chevaux de l'armée¹³. Mais aujourd'hui, « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration »¹⁴.

C'est avec le début de la Troisième République que la responsabilité de l'État et de ses agents connaît un tournant. En 1872, un changement de système de justice est opérée. La France passe d'un système de justice retenue au système de justice déléguée avec la restauration du Tribunal des conflits. L'arrêt Blanco marque le début de la construction jurisprudentielle de la théorie de la responsabilité administrative. D'ailleurs dans cette construction jurisprudentielle, on retrouve de nombreux arrêts concernant des militaires (victimes ou non)¹⁵. Le régime juridique de la responsabilité des agents, dont les militaires, s'est donc construit au fur et à mesure ; aujourd'hui les textes reprennent en partie ce régime, le complètent et l'adaptent en fonction des problèmes rencontrés. Il trouve ainsi ses principes dans le code de la défense aux articles relevant du statut général des militaires mais aussi dans d'autres codes (dont le code pénal, le code de la sécurité intérieure,...). Malgré ces évolutions, on est amené à se demander si le régime de responsabilité des militaires est adapté au contexte actuel d'intervention des militaires sur le territoire national dans le cadre de l'opération Sentinelle.

Le régime de responsabilité des militaires déployés sur le territoire national a récemment et rapidement évolué, suite aux tragiques événements qui ont touché la France. Pour autant, on peut regretter que les difficultés de mise en œuvre de l'opération Sentinelle amènent à des « réglages » a posteriori. Deux cas particuliers méritent une étude approfondie, celle du militaire auteur d'un préjudice et celle du militaire victime de préjudice.

12. M-L Moquet-Anger, « La responsabilité des militaires », in B. Thomas-Tual, « La réforme du statut général des militaires », L'Harmattan, 2005, p. 99.

13. J-M Becet, *La responsabilité de l'État pour les dommages causés par l'Armée aux particuliers*, LGDJ Paris, 1969, Bibliothèque de droit public, t. 91.

14. Article 15 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

15. Pour une décision récente : Conseil d'État, 19 octobre 2001, Min. def, req. n° 222969.



I. Le militaire auteur d'un préjudice : une exonération de responsabilité élargie

Formés et équipés avant tout pour mener des engagements dans le cadre de conflits armés, les militaires interviennent sur le territoire national dans « un environnement essentiellement urbain et au contact de la population »¹⁶. Ainsi « la projection extérieure n'est plus le seul horizon opérationnel des armées »¹⁷, avant 2015, les militaires passaient 5 % de leur temps en opérations intérieures et 15 % des opérations extérieures. Depuis le début de Sentinelle, ils sont mobilisés à 50 % de leur temps en opérations intérieures¹⁸. Ils n'ont ni les moyens des unités d'intervention telles que la Brigade de Recherche et d'Intervention (BRI), l'unité de police nationale de Recherche, Assistance, Intervention, Dissuasion (RAID) et du Groupe d'Intervention de la Gendarmerie Nationale (GIGN), ni les compétences de la police judiciaire. Il se pose alors la question des règles d'emploi de la force pouvant être définie comme « toute action d'autorité à l'égard des personnes tendant à interférer dans leur droit et leur liberté »¹⁹. Depuis la mise en œuvre de Sentinelle, les militaires auraient ainsi fait usage de la force à 28 reprises²⁰. (17 fois en légitime défense, 6 en main forte aux forces de l'ordre et 5 pour interposition ou flagrant délit). L'engagement de la responsabilité des militaires est dépendant en partie de la distinction entre la faute personnelle et la faute de service du militaire. « L'extension de la notion de faute de service et l'apparition de celle de faute personnelle non dénuée de lien avec le service permettent une large substitution de la responsabilité de la puissance publique à celle des agents militaires »²¹(A). D'autre part, les militaires sont soumis aux infractions de droit commun dans l'exécution du service (B).

A. L'exonération de responsabilité et l'extension de la notion de faute de service

La faute pénale est individuelle dans sa condamnation, néanmoins pour les agents publics, la responsabilité pécuniaire peut être assurée par l'État. L'État

16. G. Fenech, S. Pietrasanta, Rapport de la commission d'enquête relative aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015, Assemblée Nationale, n° 3922, 5 juillet 2016, p. 73.

17. G. Louis, « Les voies et les moyens de la lutte antiterroriste », *Pouvoirs* 3/2016 (N° 158), p. 39-50.

18. M. Hélio, « Terrorisme : l'opération Sentinelle est un trompe l'œil », *L'Obs.*, 6 juillet 2016.

19. O. Audibert Troin et C. Léonard, *op. cit.*, p. 126.

20. G. Fenech, S. Pietrasanta, Rapport d'enquête relative aux moyens mis œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015, Assemblée Nationale, n° 3922, 5 juillet 2016, p. 74.

21. A. Chopplet, « La responsabilité civile du militaire », *AJDA* 2014, p. 1470.

engagera sa responsabilité civile en l'absence de faute personnelle de son agent. La difficulté résulte donc de la définition même de la notion de faute de service et celle de faute personnelle²² ainsi que de leur distinction. Il s'agit essentiellement d'application jurisprudentielle. En premier lieu, « pour déterminer si le militaire est “en service”, le juge doit examiner si les agissements du militaire répondent à l'ordre précis qu'il a reçu de sa hiérarchie »²³. Le Conseil d'État a rapidement étendu l'engagement de la responsabilité de l'État à l'existence d'un fonctionnement défectueux du service de l'armée (comme par exemple un défaut de surveillance)²⁴. Dans le but d'offrir une indemnisation à la victime, le juge a, par une définition large de la faute de service, étendu l'exonération de responsabilité offerte aux militaires ou tout au moins la responsabilité de l'employeur public. C'est ainsi que par cette extension de la notion de faute de service puis par la conceptualisation de la faute personnelle non dépourvue de lien avec le service²⁵, la jurisprudence a largement étendu la responsabilité de la puissance publique.

La faute de service s'entend comme la faute commise par un agent public dans l'exercice de ses fonctions. Les cas se révélant très diversifiés, il n'est pas possible de donner de définition générale ; il est nécessaire de se référer à la jurisprudence. Les hypothèses sont variées, la qualification de faute de service relève aussi bien « d'une carence, d'erreurs, maladresses et imprudences ainsi que du défaut d'organisation de service »²⁶. Le juge se prononce également *a contrario*, « en l'absence de faute personnelle »²⁷. Néanmoins il n'est pas plus aisé de donner une définition générale de la faute personnelle.

L'élément principal pour définir la faute personnelle est l'intention. Le militaire engage sa responsabilité civile personnelle uniquement dans trois cas²⁸ : lorsque la faute est commise en dehors de son service, lorsque la faute résulte de sa volonté de s'écarter de la mission qui lui a été confiée ou enfin lorsque la faute commise au cours du service est d'une telle gravité qu'elle révèle un élément intentionnel²⁹. Cela laisse au juge une large appréciation. Ainsi par

22. TC, Pelletier, 30 Juillet 1873, GAJA, 20^e édition, 2015, n° 2 : cet arrêt établit la distinction entre le fait personnel et l'acte administratif.

23. A. Chopplet, *loc. cit.*, p. 1470

24. CE, 3 mars 1971, n° 78948.

25. CE, 18 novembre 1949, *Mimeur*, n° 91864, *rec.* 492 : le juge a considéré que l'accident avec un véhicule militaire, hors de l'itinéraire normal pouvait avoir un lien avec le service.

26. F. Baude, F. Vallée, *Droit de la Défense*, Ellipse 2012, p. 603

27. CE, 20 décembre 2015, n° 373821.

28. G. Castel, « La protection fonctionnelle du militaire », *in* R. Doaré, Ph. Frin, *La responsabilité des militaires, réflexions sur la judiciarisation des théâtres d'opérations, Economica*, 2013, p. 108.

29. Le Conseil d'État précise les éléments sur lesquels portera son appréciation pour reconnaître la gravité d'un acte : CE, 11 février 2015, n° 372359 « une faute d'un agent de l'État qui, eu égard à sa nature, aux conditions dans lesquelles elle a été commise, aux objectifs poursuivis par son auteur et aux fonctions exercées par celui-ci est d'une

exemple, commet une faute personnelle dépourvue de tout lien avec le service, un officier français participant aux opérations de rétablissement de la paix en Côte-d'Ivoire qui, en dehors de toute instruction de sa hiérarchie et en raison des relations personnelles qui le liaient à la victime, l'a accidentellement blessée en lui expliquant le maniement d'une arme à feu³⁰. Cette absence de définition peut être préjudiciable pour les militaires engagés sur le territoire national dans le cadre de Sentinelle, leur mobilisation étant étendue en terme de lieu et de temps.

La référence à l'ordre hiérarchique³¹ peut renvoyer aux règles d'engagement³² qui sont élaborées par l'autorité militaire. Elles sont appliquées en respectant les principes énoncés dans des instructions ministérielles :

- tout ce que commande la raison et la prudence est prioritairement mis en œuvre pour maîtriser une situation sans recourir à la force ;
- la force doit rester limitée en intensité et durée à ce qui assure le succès de la mission selon le principe de la force proportionnée, absolument nécessaire et suffisante. Il ne doit jamais être fait recours à un degré de force supérieur.

Ces règles confidentielles, renvoient aux conditions de recours à la force reconnues par le code pénal.

Enfin, il peut également se poser la question de l'utilisation des famas, arme de guerre, par un militaire n'ayant pas l'intention de causer des dommages inhérents à l'utilisation d'une telle arme dans le paysage urbain. L'article L 4123-11 du code de la défense accorde une exonération de responsabilité, prévue à l'article 121-3 du code pénal³³, pour le militaire. « Sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 du code pénal, les militaires ne peuvent

particulière gravité doit être regardée comme une faute personnelle justifiant que la protection fonctionnelle soit refusée à l'agent, alors même que, commise à l'occasion de l'exercice des fonctions, elle n'est pas dépourvue de tout lien avec le service et qu'un tiers qui estime qu'elle lui a causé un préjudice peut poursuivre aussi bien la responsabilité de l'État devant la juridiction administrative que celle de son auteur devant la juridiction judiciaire et obtenir ainsi, dans la limite du préjudice subi, réparation ».

Pour des exemples récents de l'application du critère de gravité par le Conseil d'État : CE 7 mai 2010, n° 328057, CE 23 février 2009, n° 308160.

30. TC 6 juillet 2009, *Geny c. Blaise*, n° 09-03709, *rec.* 928.

31. Comme le mentionne l'article D 4121-1 du code de la défense : les membres des armées doivent obéir aux ordres.

32. Directives élaborées par l'autorité militaire et adressées aux unités engagées dans une opération déterminée, afin de définir les circonstances et les conditions dans lesquelles ces unités peuvent faire usage de la force ou effectuer toute action pouvant être interprétée comme hostile. Voir les articles 20 et 21, Instruction Interministérielle relative à l'engagement des armées en application du plan gouvernemental de vigilance, de prévention et de protection face aux menaces d'actions terroristes (« plan Vigipirate ») et des plans d'interventions associés, 25 mai 2005, BOC, 2005, p. 3432.

33. Alinéas 3 et 4 : « Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accom-

être condamnés sur le fondement du troisième alinéa de ce même article pour des faits non intentionnels commis dans l'exercice de leurs fonctions que s'il est établi qu'ils n'ont pas accompli les diligences normales compte tenu de leurs compétences, du pouvoir et des moyens dont ils disposaient ainsi que des difficultés propres aux missions que la loi leur confie. Ces diligences normales sont appréciées en particulier au regard de l'urgence dans laquelle ils ont exercé leurs missions, des informations dont ils ont disposé au moment de leur intervention et des circonstances liées à l'action de combat. »

Le droit prévoit des causes d'exonération de la responsabilité des militaires, qui peuvent s'appliquer aux militaires déployés à travers Sentinelle. Ces cas d'exonération sont basés sur des articles qui appellent à interprétation et permettent un champ d'application large. Mais ceci conduit indubitablement, en l'absence de définition claire, à une insécurité juridique.

B. L'irresponsabilité pénale du militaire : l'élargissement discutabile des règles de droit commun

Les soldats engagés dans Sentinelle se voient, de facto, dépositaires de l'usage de la force, mais en dehors des règles d'engagement de la force, celui-ci reste contraint dans des règles strictes de droit commun élargies par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

Le code pénal autorise³⁴ a minima toutes personnes dont les militaires à faire cesser l'infraction et au mieux à appréhender les auteurs. Ainsi, dans l'ordre, le code pénal prévoit l'irresponsabilité pénale, entre autre, pour la légitime défense, l'état de nécessité ou l'arrestation citoyenne. L'arrestation citoyenne prévue à l'article 73 du code de procédure pénale reconnaît le droit d'appréhender l'auteur

pli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait. Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer. »

34. Au sens de l'article 122-4 du code pénal : « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires. N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal ». Cet article peut être interprété comme une permission de la loi. On peut citer l'exemple de l'article 431-3 du code pénal qui prévoit un cas déterminé d'usage des armes, pour « dissiper un attroupement ».

de crime ou délit flagrant puni d'une peine d'emprisonnement. Ces cas d'irresponsabilité pénale peuvent amener l'auteur à utiliser des moyens coercitifs pour faire cesser l'infraction. La légitime défense, l'état de nécessité comme l'arrestation citoyenne revêtent des conditions d'application identiques qui sont la nécessité de l'acte, l'immédiateté du danger et la proportionnalité³⁵ de la réponse.

Néanmoins, au vu des périls meurtriers qui ont touché le territoire national, il est apparu important aux autorités de légiférer. Le code de la défense prévoit des cas d'irresponsabilité pénale mais dans des cas bien particuliers de lieux à savoir hors du territoire national ou dans des zones de défense hautement sensibles³⁶. Cette excuse pénale, prévue à l'article L 4213-12 du code de la défense n'était donc pas applicable aux militaires engagés sur le territoire national dans le cadre de Sentinelle. Cependant, la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, a très récemment modifié le code pénal en y insérant un nouvel article, l'article 122-4-1³⁷. En vertu des nouvelles dispositions : « 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 néces-

35. L'article 73 du code de procédure pénale ne fait pas expressément référence à la proportionnalité. Le juge judiciaire a eu l'occasion de le rappeler « aux termes de l'article 73 du code de procédure pénale, toute personne est investie du pouvoir d'appréhender l'auteur présumé d'une infraction flagrante et de le conduire devant l'officier de police judiciaire le plus proche, l'usage, à cette fin, de la force doit être nécessaire et proportionnée aux conditions de l'arrestation. » Cass. crim., 13 avril 2005, n° 04-83939.

36. Article L. 4123-12 du code de la défense : « I. – Outre les cas de légitime défense, n'est pas pénalement responsable le militaire qui déploie, après sommations, 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.

Constitue une zone de défense hautement sensible la zone définie par voie réglementaire à l'intérieur de laquelle sont implantés ou stationnés des biens militaires dont la perte ou la destruction serait susceptible de causer de très graves dommages à la population, ou mettrait en cause les intérêts vitaux de la défense nationale.

Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application des alinéas précédents. Il détermine les conditions dans lesquelles sont définies les zones de défense hautement sensibles, les conditions de délivrance des autorisations d'y pénétrer et les modalités de leur protection. Il précise les modalités des sommations auxquelles procède le militaire.

II. – N'est pas pénalement responsable le militaire qui, dans le respect des règles du droit international et dans le cadre d'une opération mobilisant des capacités militaires, se déroulant à l'**extérieur** du territoire français ou des eaux 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. »

37. Article 51, loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, *JORF* 4 juin 2016.

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

Ce nouvel article a pour but de renforcer la protection du militaire en insérant une nouvelle hypothèse d'exonération de responsabilité. Les critères nécessaires, ainsi formulés, laissent beaucoup de marge d'appréciation pour le militaire mais aussi pour le juge qui effectuera une appréciation *in concreto*. « Il ne s'agit de rien d'autre que d'une sorte de légitime défense ou d'état de nécessité élargis et dénaturés au point que le législateur a, à juste titre, choisi d'en faire une autorisation de la loi dans le code pénal plutôt qu'une forme assouplie d'état de nécessité dans le code de la sécurité intérieure, comme il l'avait un temps envisagé »³⁸. Ce nouvel article consacre la probabilité de la réitération d'un acte et permet aux forces de l'ordre d'échapper au critère de temporalité exigé jusqu'alors³⁹. Pour autant, ce critère de temporalité était entendu largement par le juge. Ainsi l'article 53 du Code procédure pénale dispose que la constatation d'indices peut caractériser la flagrance⁴⁰. De plus l'appréciation de la portée de la légitime défense et celle de l'état de nécessité sont complexes. Dans le cadre de la sécurité intérieure, le juge a gardé jusqu'à présent une application souple de ces articles⁴¹. La Cour de cassation⁴² s'est prononcée sur l'application de la légitime défense exercée par un militaire déployé dans le cadre du plan Vigipirate et subissant une agression. La Cour a essentiellement retenu le critère de nécessité et ne s'est pas attachée à justifier la proportionnalité au vu des circonstances exceptionnelles. Les textes déjà existants paraissaient donc adaptés, dans la mesure où le juge appréciait en raison de circonstances particulières de la cause. Cette réforme, adoptée dans l'émotion d'un périple meurtrier, ne peut que rassurer de premier abord les agents des forces de l'ordre en laissant feindre une sécurité juridique. Il reste à attendre l'avenir de l'interprétation de ce texte.

38. R. Parizot, « Loi du 3 juin 2016 : aspects obscurs de droit pénal général », *RSC* 2016. 376.

39. L'article 122-5 du code pénal pose la condition « dans le même temps ». L'article 122-7 du code pénal quant à lui conditionne l'irresponsabilité à la nécessité de faire « face à un danger actuel ou imminent » et l'article 73 CPP fait référence à la flagrance.

40. J-L. Lennon, « Arrestation flagrante du délinquant sur le fondement de l'article 73 du code de procédure pénale », *D.* 2005, 2920.

41. C. Landais « Les magistrats judiciaires font depuis quelques années une application du droit de la légitime défense qui est de plus en plus compréhensive des spécificités des forces de l'ordre », *in* MM. O. Audibert-Troin et C. Leonard, Rapport d'information, en conclusion des travaux d'une mission d'information, sur la présence et l'emploi des forces armées sur le territoire national, Assemblée Nationale, n° 3864, 22 juin 2016, p. 67.

42. Cass. crim., 9 février 2010, n° 09-81399.



En tout état de cause, en application de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, le recours à la force par les forces de l'ordre reste strictement encadré car la Cour impose une condition « d'absolue nécessité »⁴³ pour que soit portée une atteinte à la vie. Les juges, de l'Allée des Droits de l'Homme, examinent si le recours à la force n'est pas « excessif ou injustifié au regard de l'article 2 paragraphe 2 de la CEDH »⁴⁴. C'est ainsi qu'ils vérifient que l'utilisation de la force meurtrière était légitime, que son recours était réduit au minimum et qu'il n'y a pas eu de négligence dans les mesures qui ont été prises. De plus, « la Cour ajoute également [...] qu'elle ne saurait, en réfléchissant dans la sérénité des délibérations, substituer sa propre appréciation de la situation à celle de l'agent qui a dû réagir, dans le feu de l'action, à ce qu'il percevait sincèrement comme un danger afin de sauver sa vie »⁴⁵. La CEDH aura certainement à se prononcer plus précisément sur la compatibilité de ce nouvel article 122-4-1 du Code pénal avec l'article 2 de la Convention.

Le législateur s'est donc rapidement manifesté sur la responsabilité pénale des militaires et a étendu les causes d'exonération. Parallèlement, la protection des militaires a également été en partie réformée.

II. Le militaire victime d'un préjudice : une protection limitée

Régulièrement dans l'actualité, les militaires engagés dans Sentinelle apparaissent souvent comme des cibles statiques. Il est difficile d'obtenir des chiffres clairs⁴⁶. Néanmoins, la presse fait état de différentes agressions, comme celle au couteau de trois soldats du 54^e régiment d'artillerie d'Hyères à Nice⁴⁷. On peut également citer l'agression des soldats à Valence, un homme a « foncé en voiture sur les militaires postés devant une mosquée ».⁴⁸ Ainsi entre janvier et septembre 2015, les patrouilles Sentinelle d'Ile de France ont été victimes de

43. CEDH, 27 sept. 1995, *Mc Cann, Farell et Savage c/ RU*, n° 18984/91, paragraphes 147-150, CEDH *Giuliani et Gacco c/ Italie*, n° 23458/02

44. CEDH, 6 septembre 2016, *Altin et Kiliç c/ Turquie*, n° 15225/08, § 43.

45. CEDH, 17 mars 2005, *Bubbins c. Royaume-Uni*, n° 50196/99, § 139.

46. « Les cas de mise en cause de ces agents ou militaires sont peu nombreux. Cette situation est due au fait que la majorité des procédures impliquant l'usage de la force ne débouche pas sur une procédure judiciaire et s'achève par un classement sans suite après enquête ou un non-lieu après instruction. Au total, les condamnations pour usage de la force en service sont rares. » P. Paul, Avis au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi, renforçant la lutte contre le crime organisé le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, 16 mars 2016, n° 476, p. 13.

47. N. Guibert, M. Suc, « Antiterrorisme : l'armée en première ligne », *Le Monde*, 5 février 2015, p. 12.

48. AFP France, « Le forcené qui a foncé sur les soldats, voulait les tuer, un acte isolé », 2 janvier 2016.



1 300 actions dont 70 % d'actes malveillants (provocations, insultes, menaces voire agressions)⁴⁹. Même si l'état de militaire exige un esprit de sacrifice⁵⁰, ces militaires peuvent obtenir une protection. La protection induit la défense par l'État de ses agents lorsqu'ils subissent une agression du fait de leur fonction et la réparation du tort causé à ces agents⁵¹. L'année 2015-2016 a été mise à profit par le gouvernement dans ce domaine pour engager un travail de refonte. Ce travail a permis une adaptation timide de la protection fonctionnelle, tandis que la question de l'indemnisation du militaire ou de ses ayants droit reste entière.

A. Une adaptation timide de la protection fonctionnelle

La protection fonctionnelle traduit la volonté de l'État de défendre un agent public attaqué du fait de ses fonctions. Afin de permettre une meilleure protection des militaires, la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires⁵², a apporté, dans ses articles 20 et 21, une modification de l'article L. 4123-10 du code de la défense. Cette évolution est importante car les militaires engagés sur le territoire devront affronter le processus judiciaire et doivent être soutenus dans cette situation⁵³. Cet article prévoit que les militaires sont protégés lorsqu'ils sont mis en cause pénalement ou sont victimes d'attaques, à condition qu'ils n'aient pas commis de faute personnelle. L'article L. 4213-10 prévoit une condition commune aux trois cas de protection. Le militaire, et plus largement sa famille, doit être visé pour sa qualité de militaire. En premier lieu, le militaire sera protégé s'il est victime, dans sa qualité d'agent, de menaces⁵⁴, de violences d'injures⁵⁵. Ensuite, le militaire sera protégé s'il est l'objet de poursuites civiles ou pénales, à condition qu'il n'ait pas commis de faute personnelle. Enfin, sont aussi protégés les membres de la famille du militaire, victimes d'une infraction pénale volontaire, du fait de son statut de militaire.

49. É. Tenenbaum, « La Sentinelle égarée ? L'armée de terre face au terrorisme », Focus Stratégique, *Étude de l'Ifri* n° 68, p. 33.

50. Article L. 4111-1 al. 2 du code de la défense : « L'état militaire exige en toute circonstance esprit de sacrifice, pouvant aller jusqu'au sacrifice suprême, discipline, disponibilité, loyalisme et neutralité. Les devoirs qu'il comporte et les sujétions qu'il implique méritent le respect des citoyens et la considération de la Nation. »

51. M. Liebert-Champagne, « L'arsenal juridique sur les théâtres d'opérations, la juridiciarisation des conflits, inflexions », *La Documentation Française*, 2010, n° 15, p. 62

52. *JORF* n° 0094, 21 avril 2016.

53. P. Paul, Avis sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale après engagement de la procédure accélérée, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, Sénat, n° 476, 16 mars 2016, p. 16.

54. Article 433-3 du code pénal.

55. Article 433-5 du code pénal.

Il existe trois formes de mise en œuvre de cette protection : le conseil juridique, l'intervention de l'État dans la réparation du préjudice et la prise en charge des dépenses.

Le quatrième alinéa de l'article prévoit que « L'État est également tenu d'accorder sa protection au militaire dans le cas où il fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle. Cette protection bénéficie également au militaire qui, à raison de tels faits, est entendu en qualité de témoin assisté, placé en garde à vue ou se voit proposer une mesure de composition pénale. » La nouvelle écriture de l'article permet un élargissement de la protection fonctionnelle. Elle a été qualifiée de procédure d'octroi en urgence⁵⁶. Cette notion d'urgence est somme toute à nuancer. Car si dès les premières heures où un militaire serait soit inquiété soit entendu comme témoin, il peut bénéficier de cette protection, encore faut-il qu'il en soit averti. Ainsi, « Demeure par contre inchangé le principe suivant lequel cette obligation de protection permet de couvrir les condamnations civiles de l'agent, sauf lorsqu'est en cause une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions »⁵⁷.

B. La question de la réparation du préjudice pour le militaire et ses ayants droit

Le 25 juillet 2016, le Président Hollande annonçait une revalorisation de l'indemnité spéciale d'alerte opérationnelle. Néanmoins, les militaires engagés sur le territoire national n'ont pas les mêmes avantages financiers que les militaires en opérations extérieures. D'une part ils ne reçoivent pas le même montant des primes, d'autre part ils ne bénéficient pas de la même protection. Plusieurs difficultés se posent pour la réparation du préjudice du militaire engagé dans Sentinelle, comme par exemple la question de l'accident de service. Le régime de protection sociale a pour objet de garantir les travailleurs contre les risques qu'ils courent dans l'exercice de leur activité professionnelle.

Le législateur, dès le milieu du XIX^e siècle, a accordé aux agents publics – militaires puis civils – le droit de bénéficier d'une pension dans le cas où un accident survenu dans l'exercice de leur fonction les conduisait à interrompre leur activité⁵⁸. Le statut général de la fonction publique se contente de le décrire comme l'accident « survenu dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice

56. Haut Comité d'Évaluation de la Condition Militaire, « La condition des militaires engagés dans les missions de protection du territoire national et de la population », rapport n° 10, mai 2016, p. 41.

57. F. Melleray, « De la modernisation des droits et obligations des fonctionnaires », *AJDA* 2016, p. 1439.

58. Ordonnance 2015-1781, du 28 décembre 2015 relative à la partie législative du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre, JORF 29 déc. 2015 p. 24415.

des fonctions »⁵⁹. L'accident de service suppose la réunion de deux paramètres : un élément matériel et un élément circonstancié en lien de temps et de lieu avec le service⁶⁰. Il est également défini comme le résultat de « l'action violente et soudaine d'une cause extérieure provoquant au cours du travail ou du trajet une lésion du corps humain »⁶¹. Les règles fixées par le législateur étant pour le moins laconiques, ce sont les juges qui, au fil des affaires, ont façonné la notion et en ont élargi les contours⁶².

En application de la jurisprudence du Conseil d'État, les trois éléments constitutifs de la définition de l'accident de travail sont : le lieu de l'accident doit être le lieu de travail ; l'heure de l'accident doit se situer pendant les heures de travail ; l'activité exercée au moment de l'accident doit avoir un lien avec l'exercice des fonctions. Le Conseil d'État a considéré de façon constante, que l'accident qui remplissait ces trois critères conservait la qualification d'accident de travail, même en cas de faute de l'agent. Seule une faute personnelle de l'agent dépourvue de tout lien avec le service peut faire perdre à l'accident une telle qualification. Ainsi, l'accident du travail doit survenir sur le lieu de travail (ou un lieu assimilé comme la cantine) et pendant les heures de service pour qu'il soit reconnu comme imputable au service. Sont aussi considérés comme accidents de service, les accidents subis en mission mais survenus à l'occasion d'un acte de la vie courante, sauf s'il a eu lieu lors d'une interruption de cette mission pour des motifs personnels⁶³. Est également considéré comme en service, le militaire qui subit un accident « soit en début de permission pendant le trajet direct de son lieu de service vers le lieu où il a été autorisé à se rendre en permission, soit en fin de permission pendant le trajet inverse »⁶⁴. L'accident de trajet, qui suit le même régime que l'accident du travail, doit avoir eu lieu sur le trajet habituel qui permet de se rendre au travail. Mais, il ne doit pas s'être produit à l'occasion d'un détour accompli dans un but personnel entre son domicile et son lieu de travail⁶⁵. L'hypothèse de l'accident de trajet doit être évoquée aussi puisque l'opération Sentinelle se déroule sur le territoire national. Or les différents textes, prévoyant les indemnisations lorsque le militaire est victime, posent la condition de l'État de guerre (Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre). Les définitions jurisprudentielles ne permettent pas une transparence pour le militaire.

59. Article 34, Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, JORF du 12 janvier 1984.

60. CE 17 décembre 2008, n° 307827 : les juges mentionnent un rapport direct avec l'activité de service public à laquelle il participe ; P. Combeau, « Les évolutions en matière d'accident de service : l'influence du droit de la fonction publique militaire », *RDP*, 1 mars 2006, n° 2, page 349.

61. Circulaire n° 1711-34/CMS-2B no 9 du 30 janvier 1989.

62. M. Courrèges, « La protection du travailleur face à l'accident professionnel : le juge administratif dans les pas du juge judiciaire », *AJFP* 2016, p. 160.

63. CE, 24 mars 2004, n° 246349.

64. CE 17 mai 2006, n° 270831, *rec.* 258.

65. CE, 29 janv. 2010, n° 314148.

Pour conclure, au cours des deux années écoulées, la lutte contre le terrorisme a évolué et a eu pour incidence un déploiement continu et accru des militaires sur le territoire national. Cette mobilisation n'est pas sans poser problèmes quant à son encadrement juridique. On assiste aujourd'hui à une judiciarisation des activités des forces armées. On peut noter la réactivité législative face aux problèmes que peut poser cette mobilisation des forces armées. Deux lois ont été adoptées en l'espace de six mois afin de combler les lacunes existantes⁶⁶. Le temps nous indiquera si elles sont suffisantes ou si elles ne sont que le reflet d'une « précipitation normative [...] justifiée par l'urgence »⁶⁷. Il est à regretter aujourd'hui que l'évaluation du dispositif reste difficile, au vu des informations limitées à disposition du public.

66. Selon la CNCDH : « L'empilement des réformes dans les domaines du champ pénal et de la sécurité intérieure (près de 30 lois adoptées entre 1999 et 2016) révèle malheureusement l'extrême segmentation des sujets traités et, trop souvent, une absence de réflexion d'ensemble », Avis sur le projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, 17 mars 2016, p. 2.

67. O. Décima, « Terreur et métamorphose, à propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 sur la lutte contre le terrorisme », *D. 2016*, p. 1826.