



Conseillers juridiques opérationnels dans les armées des États membres de l'OTAN et nouveaux modes de conflit

par Nicolas LE SAUX
Président d'ATAO, docteur en droit¹

Le rôle du conseiller juridique des armées peut sembler de prime abord un sujet aride, même pour une publication de droit. Il illustre cependant bien l'importance donnée au droit dans la prise de décision au plus près de la réalité de l'activité militaire. Il ne s'agit pas en effet de prodiguer une consultation juridique à un grand commandeur mais bien de conseiller, rapidement et de façon crédible, le décideur au plus près du champ de bataille. Si une réponse « à la normande » ne peut être satisfaisante, pour autant le décideur ne veut pas d'un conseiller qui soit là pour approuver uniquement ses choix et lui dire ce qu'idéalement il souhaiterait entendre. C'est en réalité un défi difficile à relever et qui implique pour le conseiller d'être pleinement juriste et militaire tout à la fois.

Le développement de nouvelles technologies, combiné à la transmission d'informations tactiques au plus près du combat, génère de nouvelles conditions d'utilisation du conseil juridique. Le conseiller juridique militaire, lorsqu'il existait, a vu son rôle d'abord focalisé sur des dossiers de traitement disciplinaire et judiciaire des militaires par les armées ainsi que sur la gestion du contentieux de ceux-ci. L'émergence du droit international humanitaire et la prise en compte des crimes de guerre, de la seconde guerre des Boers aux procès de Nuremberg des crimes nazies, met en relief le rôle du juriste militaire en tant que conseiller du commandement dans ses prises de décision tactiques en situation de combat. L'importance de ce nouveau rôle se

1. *Chercheur associé au Centre d'études et de recherches en droit administratif, constitutionnel, financier et fiscal (CERDAFF) de l'Université de Nice – Côte d'Azur, chargé d'enseignement à la faculté de droit de l'Université Paris-Descartes.*





voit confirmé par la signature des Protocoles additionnels à la Convention de Genève de 1977².

L'importance de ce rôle ainsi que les responsabilités qui lui incombent ne font que croître à mesure que se complexifie l'environnement des conflits. Comme le rappelle Ronan Doaré, directeur du Centre de recherche des écoles de Saint-Cyr Coëtquidan, « les forces armées... doivent faire face aux transformations affectant les formes traditionnelles de conflictualité³ ». La prééminence de guerres asymétriques, le recours à des feux indirects au ciblage de plus en plus précis, l'imbrication des combattants à la population civile sur un champ de bataille judiciaire et médiatisé sont autant d'éléments qui nécessitent un éclairage juridique en temps réel et au plus près des états-majors.

Le général de corps aérien américain Michael Short, chef des forces aériennes de l'OTAN pendant la guerre du Kosovo, exhorte ainsi le juriste opérationnel, ou LEGAD (pour legal advisor), à « être un expert dans votre cœur de métier et à penser comme un opérationnel. Votre mission en tant que juriste militaire n'est pas de m'empêcher de réaliser la mienne, votre mission en tant que juriste militaire est de faire en sorte que je puisse exécuter ma mission sans enfreindre la loi, sans détruire des lieux que je ne devrais pas détruire, sans tuer des gens que je ne devrais pas tuer...⁴ ».

Le référentiel OTAN en vigueur sur le support juridique aux opérations militaires met en avant trois fonctions distinctes du conseiller juridique opérationnel :

1. Le commandement et le contrôle ;
2. Le soutien ;
3. L'appui aux personnels⁵.

Cet article couvre le premier champ fonctionnel des activités du juriste opérationnel, c'est-à-dire celui de conseil aux états-majors sur les aspects légaux de l'exercice du commandement, la base juridique des missions et opérations ainsi que les aspects juridiques de plans particuliers et de l'utilisation de la force.

2. En particulier, l'article 82 du Protocole additionnel I à la Convention de Genève de 1977 qui spécifie que « les Hautes Parties contractantes en tout temps, et les Parties au conflit en période de conflit armé, veilleront à ce que des conseillers juridiques soient disponibles, lorsqu'il y aura lieu, pour conseiller les commandants militaires, à l'échelon approprié, quant à l'application des Conventions et du présent Protocole et quant à l'enseignement approprié à dispenser aux forces armées à ce sujet. »

3. Ronan Doaré, *La responsabilité des militaires, réflexion sur la judiciarisation des théâtres d'opérations*, Economica, Paris, 2013, page 2.

4. Lieutenant General Michael Short, *Operation Allied Force from the Perspective of the NATO Air Commander*, 78 INT'L L. STUD. 19, 26 (2002).

5. NATO Legal book page 140, 2010. Sustainment functions include the negotiation of Host Nation Support Agreements such as Memoranda of Understanding (MOU) and Technical Arrangements (TA's), negotiation and application of Status of Forces Agreements (SOFA's), advising on contracting and fiscal legal issues, and environmental law. Personnel service support includes legal support that may be given to individual service members.



L'analyse du rôle et des responsabilités du juriste comme conseil très opérationnel du commandement doit aussi intéresser l'entreprise privée. Ayant également besoin de prendre des décisions rapidement dans un environnement incertain, celle-ci peut utilement bénéficier du retour d'expérience des militaires en la matière.

Cet article détaille dans une première partie la genèse et l'évolution du rôle de conseiller juridique opérationnel – ou LEGAD – dans les forces de l'OTAN (I), avant d'examiner comment celui-ci pourrait être impacté par les nouveaux modes de conflits (II).

I. Genèse et évolution des conseillers juridiques opérationnels dans les forces de l'OTAN

Deux grandes catégories de modèles de LEGAD sont identifiables au sein des pays membres de l'OTAN. En effet, bien qu'en théorie le référentiel fonctionnel soit identique (STANAG OTAN), le cadre juridique national encadrant les militaires et les armées diffère d'un État à un autre et façonne des organisations originales. La principale différence juridique réside dans l'existence ou non d'une juridiction militaire d'exception. Ainsi, si les États-Unis, le Royaume-Uni ont maintenu celle-ci, ce n'est plus le cas de la France. Par ailleurs, les missions prises en charge par les juristes militaires sont non seulement fortement influencées par l'interprétation donnée par chaque État à la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) mais aussi par la jurisprudence de la Cour de Justice Européenne des Droits de l'Homme (CJDH).

L'approche américaine est aussi déterminante en la matière du fait du rôle prééminent des États-Unis dans la constitution et la gouvernance de l'Alliance. Cette première partie commencera donc naturellement par l'analyse de ce modèle et de son influence sur le rôle et les responsabilités du LEGAD (A). Pour autant, comme le rappelle le colonel Michel Goya, « faire la guerre avec les américains ne signifie pas forcément faire la guerre comme les américains⁶ ». Ainsi, l'histoire militaire et juridique, la conception du commandement et de la conduite de la guerre, façonnent différemment le modèle du LEGAD des armées de certains États membres de l'OTAN (B), au premier rang desquels se trouve l'exemple français.

A. L'influence américaine, une intégration horizontale

Le corps des juristes militaires américains trouve son origine lors de la guerre d'indépendance, avec la nomination le 29 juillet 1775 d'un *Judge Avocate General*

6. Colonel Michel Goya, *Res Militaris, de l'emploi des forces armées au XXI^e siècle*, Economica, Paris, page 184.



(JAG) par le Congrès Continental à la demande de George Washington, général en chef des forces rebelles. Par la désignation du lieutenant-colonel William Tudor, avocat de son état dans le civil, Washington entend tout d'abord mieux gérer les courts-martiales en temps de guerre. Cette nomination préfigure le développement du corps des JAG au sein des trois branches des armées, et crée ainsi le plus ancien cabinet d'avocats des États-Unis. Il faudra attendre la seconde moitié du XIX^e siècle pour que le corps des JAG prenne réellement son essor et la Guerre Civile (1861-1865) pour que les commandants militaires sur le terrain se voient adjoindre des conseillers juridiques.

L'activité des juristes militaires américains reste cependant encore centrée sur l'administration de la justice militaire⁷. Ceux-ci joueront ainsi un rôle crucial dans les procès qui suivront l'assassinat du président Abraham Lincoln, ainsi que celui du commandant confédéré Henry Wirz, commandant du camp de prisonniers d'Andersonville, pour crimes de guerre⁸. Avec la première guerre mondiale, le recrutement de juristes militaires va s'accroître substantiellement mais leur rôle reste toujours essentiellement lié à la justice militaire ou la gestion des contrats et contentieux du corps expéditionnaire américain en France, une situation qui va perdurer pour l'essentiel jusqu'à la seconde guerre mondiale. C'est cette dernière, avec son cortège de crimes de guerres et de crimes contre l'humanité, qui met en exergue la nécessité à la fois d'un contrôle strict des activités des forces armées et la complexité à le mettre en œuvre sur le champ de bataille.

Ainsi, la montée en puissance du rôle du juriste opérationnel dans les armées trouve d'abord son origine dans un souci du respect du droit humanitaire lors des engagements et dans le traitement des prisonniers de guerre. Cependant, jusqu'aux conflits de la décolonisation, cette problématique est perçue par les forces militaires des vieilles démocraties comme celle de l'ennemi. Il faudra l'expérience tragique de l'armée américaine au Vietnam, en particulier avec le massacre de Mỹ Lai⁹, pour voir la montée en puissance dans les forces armées des États-Unis de la fonction de LEGAD. Cette montée en puissance est le

7. La Constitution des États-Unis autorise la création d'une justice militaire particulière. L'article I, section 8, de celle-ci permet au Congrès américain « d'établir des règlements pour le commandement et la discipline des forces de terre et de mer ».

8. Le commandant Wirz, américain originaire de Suisse, a été le seul officier confédéré condamné et exécuté pour crimes de guerre commis durant la guerre de Sécession (et l'un des deux confédérés condamnés et exécutés pour ce type de crime).

9. Le 16 mars 1968 des soldats américains massacrent plusieurs centaines de civils vietnamiens, dont beaucoup de femmes et d'enfants, dans le hameau de Mỹ Lai. Ce massacre est d'abord dissimulé par les autorités militaires avant d'être rendu public par des journalistes américains plus d'un après celui-ci. Il sera le point de départ d'un scandale international et de procès contre les officiers en charge de l'opération. Bien que les conséquences judiciaires pour les intéressés soient au final bénignes, cet événement tragique sera le point de départ d'une remise en question de la licéité des ordres lors d'opérations de guerre au regard du droit international humanitaire.



résultat d'engagements militaires de plus en plus complexes nécessitant un appui juridique au plus près des décisions tactiques, et non plus simplement dans les états-majors d'armée ou de corps d'armée.

La complexité des engagements militaires découle elle-même de plusieurs facteurs qui représentent autant d'enjeux juridiques différents. Le premier d'entre eux est la judiciarisation du champ de bataille et la place croissante du droit dans la responsabilité du militaire qui doit répondre de ses actes devant la justice, nationale ou internationale. En l'occurrence, l'absence d'acte peut aussi générer des poursuites pour le militaire, par exemple s'il reste passif face à des exactions commises, par d'autres militaires ou une tierce partie, lors d'une opération de stabilisation ou de normalisation. La médiatisation des théâtres d'opérations est un autre facteur important de complexité. Depuis la guerre du Vietnam, les citoyens sont témoins chaque jour quasiment en direct des conséquences des actes de guerre pris par ses responsables politiques. Enfin la diversification des types de conflits et des moyens mis en œuvre joue un rôle important dans l'évolution de la situation présente. Aux engagements symétriques ou dissymétriques auxquels les armées s'étaient habituées au ^{XX}^e siècle, sont venues s'ajouter depuis une vingtaine d'années des guerres asymétriques opposant le faible au fort. Dans ce nouveau contexte, même le droit est devenu une arme qui peut être efficacement utilisée pour déstabiliser l'intervention militaire du plus puissant. La mise en œuvre de nouvelles technologies telles que les drones et les robots introduit aussi de nouvelles exigences de suivi juridique.

Aux États-Unis, les différents corps des JAG (Armée de terre, Marine et Armée de l'air), intègrent l'ensemble des services juridiques fournis aux armées, en allant de l'administration de la justice militaire au conseil juridique, et en passant par la gestion du contentieux. Si l'ensemble du dispositif est sous commandement militaire, les JAG passent les examens d'un barreau civil comme tout *attorney at law* américain.

B. Le modèle du LEGAD des armées de certains États membres de l'OTAN

Il y a la variation du modèle britannique : l'organisation de la justice applicable aux forces armées trouve son origine, il y a plusieurs siècles déjà, dans les *Articles of War*¹⁰. Ce n'est qu'à la fin du ^{XIX}^e siècle que ceux-ci sont transposés et adaptés tant dans le *Army Act* que le *Navy Discipline Act*. À la fin de la Première Guerre Mondiale, ces deux lois sont complétées par le *Air Force Act (1918)*. Ces trois lois seront modifiées et intégrées dans un texte unique en 2006, le *Armed Forces Act*.

10. Le premier ensemble de textes destinés à fixer les règles à suivre en temps de guerre a d'abord été établi pour la marine royale anglaise en 1653 puis dès le début du ^{XVIII}^e siècle pour l'armée anglaise, puis britannique avec l'annexion de l'Ecosse.

L'évolution principale par rapport au modèle américain consiste en la distinction faite aujourd'hui entre l'administration de la justice militaire et le conseil juridique aux forces armées. Cette distinction est le résultat direct de l'influence de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

L'administration de la justice militaire britannique est placée sous l'autorité du *Judge Advocate General*, le JAG. Elle diffère en deux points essentiels cependant de ce qui existe aux États-Unis, en dépit d'une appellation identique. La justice militaire est interarmées, reflet de la dimension plus modeste des armées britanniques, et le JAG est toujours un civil. Cette particularité exprime le souhait d'avoir une réelle indépendance du magistrat présidant une cour martiale. Le JAG est donc un magistrat professionnel, ou un avocat expérimenté, et est nommé par le souverain sur recommandation du Lord Chancellor. Si ses adjoints sont aussi civils et président les tribunaux militaires, les jurys sont en revanche composés d'officiers ou de sous-officiers. Un système un peu différent a perduré dans la *Royal Navy* jusqu'en 2004. Ainsi, les cours martiales de la marine étaient jusque-là sous la responsabilité conjointe du JAG et du *Chief Naval Judge Advocate*. Ce dernier, officier de marine ayant suivi une formation juridique, était responsable de la nomination d'adjoints pouvant présider des cours martiales. Cette situation particulière a disparu avec la prise en compte d'un jugement de la CEDH, *Grievés v. United Kingdom*¹¹, dans lequel la Cour condamnait la Grande-Bretagne pour le manque d'indépendance des juges de la *Royal Navy*.

Les activités de conseils juridiques aux forces armées dépendent de services spécialisés par armée. Ainsi, à la fin de la seconde guerre mondiale, l'armée de terre doit gérer les enquêtes et procès à l'encontre de dix-huit militaires et fonctionnaires nazis pour crimes de guerre. Le *Army Legal Services* créé en 1992 est l'héritier des premières structures telles que le *Directorate of Army Legal Services* (1948) et le *Army Legal Corps* (1978). À noter que les officiers décidant de transférer dans le corps du JAG doivent démissionner de l'armée.

L'ALS est sous les ordres d'un général de division ou de corps d'armée, avec trois généraux de brigade dirigeant respectivement les services suivants :

1. Conseil juridique (Legal Advisory) ;
2. Loi opérationnelle (Operational Law) ;
3. Instruction (Service Prosecutions).

Les conseillers juridiques opérationnels déployés en opération sont issus de la direction « loi opérationnelle ». Tous les officiers de ces services sont en théorie inscrits au barreau (Angleterre ou Écosse). Les premiers déploiements ont eu lieu lors du conflit en Irlande du Nord, pendant le conflit des Malouines et la première Guerre du Golfe. Les 126 autres officiers de ce corps incluent 86 officiers supérieurs et 40 officiers subalternes (capitaines).

11. *Grievés v. United Kingdom* (N° 57067/00) Judgment 16.12.2003 [Grand Chamber]

Il y a aussi d'autres variantes au modèle américain au sein de l'OTAN : l'exemple le plus intéressant, en dehors des pays de droit anglo-saxon, au sein de l'alliance Atlantique, est celui de la France. Tout d'abord parce que cette dernière caractérise bien les systèmes juridiques romano-civilistes de la majorité des pays de l'OTAN, et enfin parce que la France est parmi ces pays, celui dont les armées sont le plus en opérations.

En France, en temps de paix, ce sont les juridictions de droit commun, spécialisées en matière militaire, qui sont compétentes pour le jugement des crimes et délits commis par des membres des forces armées sur le territoire français. Avec la suppression du Tribunal aux Armées de Paris il y a quatre ans seulement en 2012, ce sont ces mêmes juridictions, lorsqu'elles ont leur siège à Paris, qui sont compétentes pour les crimes et délits commis par, ou à l'encontre de militaires des forces armées françaises (cette circonvolution est volontaire, une majorité des soldats de la Légion ne sont pas de nationalité française) hors du territoire (cf. Affaire Firmin Mahé¹²). Dans le cas d'une guerre (c'est-à-dire d'un conflit déclaré en tant que tel par l'exécutif au Parlement), le ressort des tribunaux territoriaux s'étend à l'ensemble du territoire. Cette évolution et la disparition de cette juridiction particulière sont motivées pour le législateur par deux facteurs :

1. Un très faible volume d'affaires spécifiquement militaires à traiter. Si cette évolution reflète la taille réelle de nos forces militaires, elle ne correspond pas nécessairement toujours à l'exposition réelle de celles-ci aux opérations et missions ;

2. La prise en compte, à l'instar de nombreux pays signataires, de la jurisprudence de la CEDH.

L'approche française est aussi originale car, jusqu'à récemment et bien qu'étant membre fondateur de l'OTAN, la France ne participait plus depuis 1966 au commandement intégré de l'Alliance. Ce n'est qu'avec la décision du président Sarkozy en 2008 que la France commence son processus de réintégration au sein du commandement intégré, qui se concrétise à partir du sommet de l'OTAN à Kehl en 2009. Cette absence de plus de quarante ans impacte l'approche française de l'appui juridique opérationnel. Ainsi, l'équivalent du JAG britannique se retrouve en partie à la Direction des Affaires Juridiques (DAJ) du Ministère de la Défense. La France avait créé, avec la loi du 9 novembre 1956, un corps de magistrats militaires affectés exclusivement aux services de la justice militaire et aux parquets des juridictions militaires, constituant un corps autonome à hiérarchie propre. Ce corps fut mis en extinction dix ans plus tard par la loi du 29 décembre 1966 qui prévoit « les fonctions de magistrats du parquet et de l'instruction auprès des juridictions des Forces armées sont exercées [...] par des magistrats du corps judiciaire placés, sur leur demande, en position de détachement auprès du ministre chargé de la Défense ». Ainsi, la disparition du corps

12. Condamnation de militaires français en décembre 2012 pour l'assassinat d'un « coupeur de routes » en Côte d'Ivoire le 13 mai 2005.

des magistrats militaires a entraîné la nécessité du détachement de magistrats professionnels « zingués » généraux ou colonels pour des missions de quelques années. « Après la dissolution de la dernière juridiction militaire au 1^{er} janvier 2012 (loi du 13 décembre 2011) : le tribunal aux armées qui se trouvait à Paris, il n'existe plus que des magistrats civils du corps judiciaire placés en position de détachement auprès du ministère de la Défense. Ceux-ci n'exercent plus aucune fonction à caractère judiciaire ».

La nécessité de mieux prendre en compte le droit humanitaire (cf. Convention de Genève, 1977), puis les engagements opérationnels de plus en plus nombreux (Guerre du Golfe, Yougoslavie, Afghanistan,...) entraînent un besoin croissant d'appui juridique aux décideurs et ce, de plus en plus près de la décision, c'est-à-dire dans des états-majors de Groupement Tactique InterArmes (GTIA), puisque c'est notre mode de déploiement privilégié en opération aujourd'hui. L'armée française se trouve donc, à l'instar de ses alliés, face au défi de trouver des juristes compétents, expérimentés mais également aptes à conseiller un chef de corps, ce qui implique une bonne compréhension des moyens et ressources à sa disposition, ainsi qu'évidemment de l'impact de ceux-ci sur l'ennemi, ou des dommages collatéraux qui pourraient en résulter.

L'approche française a mis un peu de temps à s'articuler. Aujourd'hui, la réponse passe par une intégration rapide de tous les juristes des armées (hors les magistrats détachés de la DAJ), au sein du nouveau Service du Commissariat des Armées. Ce nouveau corps fusionne à partir du 1^{er} janvier 2010 les anciens commissariats des armées. Les juristes opérationnels présents dans les armées, et en particulier dans l'Armée de Terre, doivent basculer systématiquement dans ce nouveau service, ce qui n'est pas sans rencontrer quelque résistance, mais n'est finalement pas surprenant pour un changement de cette ampleur. Le défi est cependant important pour ce nouveau service qui semble avoir un déficit de près d'une centaine de juristes. Ce dernier va être difficile à combler si l'on prend en compte que les promotions de la nouvelle Ecole du Service du Commissariat des Armées comptent trente élèves chaque année. Par ailleurs, les missions d'un commissaire sont vastes et vont du contrôle administratif et financier à l'enregistrement d'actes (y compris les actes de décès en OPEX) au conseil juridique opérationnel sur le terrain.

La Marine britannique a tenté pendant plusieurs années de former des officiers de marine au droit, à un niveau élevé puisque ceux-ci devaient passer les examens du barreau. Mais ceux-ci alternaient des postes de juristes avec des postes opérationnels de commandement. Inévitablement, le maintien du niveau juridique nécessaire s'est révélé très difficile (alors même que ces officiers ne faisaient que du droit de la guerre ou lié aux engagements militaires de la marine), entraînant l'abandon de ce modèle. Il sera intéressant d'analyser la manière dont l'approche française perdurera. En effet, il est possible que la masse critique ne soit pas atteinte ou qu'il soit difficile d'obtenir la qualité nécessaire. Ainsi, aujourd'hui, un LEGAD partira six mois en opération et fera en théorie dix-huit mois en métropole sur des sujets n'ayant probablement aucun rapport avec le



conseil juridique opérationnel. Comment arriver à maintenir cette compétence, ajoutée à un minimum d'expérience militaire ? Le LEGAD ne peut être un « militaire non pratiquant ».

En synthèse, il est possible de distinguer d'un côté des États qui maintiennent une justice spécifiquement militaire, tant du côté de la magistrature que de l'accusation et de la défense. Cette spécificité permet aux armées de conserver une masse critique de juristes militaires « pratiquants » et spécialisés, et celle-ci facilite en retour le déploiement de juristes opérationnels lors de la préparation ou de l'exécution des missions. En d'autres termes, ces juristes peuvent véritablement se spécialiser dans l'application pratique du droit de la Défense sans avoir à passer de celle-ci à la gestion administrative et financière des armées.

L'analyse des contributions par pays d'origine et sujets à des revues telles que la *Military Review* ou la *Legal Gazette* de l'OTAN souligne l'importance, apparente en tout cas, du sujet pour nos alliés.

II. Impact des nouveaux modes de conflits

Depuis plusieurs décennies déjà les conflits prennent de nouvelles formes et la notion de combat a évolué par rapport à ce qui était la norme au XX^e siècle. Bien que n'ayant rien de nouveau en tant que tels, les conflits asymétriques sont de plus en plus fréquents et viennent bousculer la doctrine traditionnelle des forces de l'OTAN. « Cela fait longtemps qu'on ne déclare plus la guerre... » indique Jean-Baptiste Jeangène Vilmer « et que les guerres sont de moins en moins interétatiques, impliquant au contraire des déconstructions d'États¹³, la privatisation de la violence¹⁴ ou des violations graves des droits de l'homme¹⁵ ». Régis par des lois de la guerre précises, les affrontements d'hier opposaient des armées à armes à peu près égales sur un champ de bataille, ceux d'aujourd'hui voient l'émergence du recours aux robots, aux drones et aux cyberattaques. Claire Landais, directrice des affaires juridiques du Ministère de la Défense français, rappelle que l'utilisation des nouvelles technologies, en particulier le système d'armes létaux autonomes (SALA), du fait même de leur caractère autonome, « exige également qu'on se pose la question de savoir s'il pourrait respecter les règles d'engagement et de ciblage, évaluer l'avantage militaire attendu par rapport aux risques de dommages collatéraux, choisir un moyen visant à minimiser ces

13. *Ce sont donc la plupart du temps des conflits internes, causés par des facteurs économiques, identitaires et sociaux.*

14. *C'est-à-dire la perte par l'État du monopole de la violence légitime.*

15. Jeangène Vilmer Jean-Baptiste, « Introduction : robotisation et transformations de la guerre », *Politique étrangère*, 3/2013 (Automne), page 88.



dommages, ou distinguer des combattants hors de combat ou des civils participant aux hostilités¹⁶ ».

Ces nouvelles formes d'engagements militaires soulèvent des questions éthiques et juridiques mettant potentiellement en cause l'applicabilité du droit existant (A). Dans cet environnement incertain, le rôle et les responsabilités du LEGAD sont plus que jamais à affirmer à tous les niveaux, stratégique, opératif et tactique (B).

A. L'applicabilité du droit

La problématique de la limitation de l'utilisation d'armements donnant une supériorité jugée trop importante lors de conflits est ancienne. Les raisons principalement invoquées étant principalement d'ordre humanitaire. En Inde, environ 200 avant J.C., les lois de Manou¹⁷ prescrivent déjà qu'« un guerrier ne doit jamais, dans une action, employer contre ses ennemis des armes perfides, comme des bâtons renfermant des stylets aigus, ni des flèches barbelées, ni des flèches empoisonnées, ni des traits enflammés ». Dans la Grèce antique, l'utilisation d'armes empoisonnées est interdite et le juriste hollandais Grotius dans *Le Droit de la guerre et de la paix*¹⁸ cite l'auteur romain Silius Italicus¹⁹ qui dans les *Punica* met en avant l'aversion des romains pour les armes empoisonnées « armis bella non venenis geri » ou « la guerre est faite avec des armes, non des poisons ».

L'interdiction de certains types d'armement s'est aussi posée lors du recours à l'arbalète ou de celui des armes à feu et de l'artillerie. Ce n'est cependant qu'en 1868 avec la Déclaration de Saint-Pétersbourg qu'apparaît pour la première fois une convention internationale interdisant l'usage des projectiles inférieurs à 400 grammes, explosibles ou chargés de matières fulminantes ou inflammables.

Aujourd'hui, les Conventions de Genève de 1949 prévoient, au travers de deux Protocoles Additionnels (35 et 36), à la fois une limitation des moyens et méthodes utilisés pour faire la guerre ainsi que l'obligation de vérifier la licéité des nouvelles armes au regard du droit. Il découle de ces protocoles que « certaines façons d'employer une arme par ailleurs licite pourraient produire

16. Nicolas Hervieu, Entretien avec Claire Landais, Directrice de affaires juridiques du Ministère de la Défense in *La Revue des Droits de l'Homme*, avec avec xx, 7/2015, page 15.

17. Lois de Manou, Editions Arbre d'Or, Genève, 2007, Livre Septième : conduite des rois et de la classe militaire, loi 90, page 147.

18. Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, traduction de Jean Barbeyrac, Pierre de Coup, Amsterdam, 1729, page 285.

19. Silius Italicus est un poète et homme politique romain (26-101). Il fut consul en 98, et proconsul d'Asie. Son œuvre, *Punica* (Les Puniques) reprend en vers l'Histoire de la seconde guerre punique de Tite-Live.

un effet prohibé²⁰ ». Quelques exemples permettent d'illustrer l'impact de ces dispositions du droit international.

La bombe israélienne MP R 500 peut traverser plusieurs étages d'un immeuble pour exploser seulement à celui spécifiquement ciblé. Si un État en guerre ne collecte pas suffisamment de renseignements, ou n'exploite pas ceux-ci, et décide de détruire un immeuble entier pour atteindre sa cible, ne pourrait-on pas lui reprocher d'avoir utilisé une force disproportionnée ? L'utilisation de drones, de matériels de combat à distance ou pilotés par intelligence artificielle, pose un certain nombre de difficultés. Une première problématique est celle du droit à leur emploi même, au titre de l'article 36 mentionné ci-dessus. Ensuite, dans le cas de l'utilisation de robots attaquant et détruisant d'autres robots, il est possible de se demander, à l'instar du général William Boothby²¹, ancien directeur adjoint des services juridiques de la Royal Air Force, si de tels développements, poussés à l'extrême, ne sortiront pas leur utilisation du champ même des notions de conflit armé et de guerre telles qu'elles sont comprises aujourd'hui. Le recours à de tels systèmes d'armes peut aussi permettre aux politiques de laisser penser aux citoyens que les conflits dans lesquels ils s'engagent entraîneront peu de pertes humaines de leur côté. C'est ce que l'historien militaire John Keegan décrit comme la « dépersonnalisation de la bataille²² ».

En réalité, bien qu'ils puissent en donner l'impression de par leur rapidité de réaction, aucun système d'armes n'est encore totalement autonome. Les développements de l'intelligence artificielle font cependant craindre que cette autonomie ne soit bientôt réalité. Or, alors que les Protocoles Additionnels des Conventions de Genève obligent les différents niveaux de commandement, y compris tactiques, au plus près du combat, et à s'assurer de la bonne adéquation des moyens de guerre utilisés dans le respect du droit international humanitaire, l'environnement à la fois juridique et militaire (armement, typologie d'ennemis, difficulté à identifier clairement les belligérants) n'a fait que se complexifier.

20. Ainsi, les Protocoles Additionnels des Conventions de Genève de 1949, prévoient déjà dans leur article 35 (règles fondamentales) que « dans tout conflit armé, le droit des Parties au conflit de choisir des méthodes ou moyens de guerre n'est pas illimité », par ailleurs « Il est interdit d'employer des armes, des projectiles et des matières ainsi que des méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus » et « d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel ». L'article 36 (armes nouvelles) prévoit quant à lui que « dans l'étude, la mise au point, l'acquisition ou l'adoption d'une nouvelle arme, de nouveaux moyens ou d'une nouvelle méthode de guerre, une Haute Partie contractante a l'obligation de déterminer si l'emploi en serait interdit, dans certaines circonstances ou en toutes circonstances, par les dispositions du présent Protocole ou par toute autre règle du droit international applicable à cette Haute Partie contractante ».

21. William Boothby, in *The Legal Challenges of New Technologies : An Overview*, 2014.

22. John Keegan, *De la guerre*, Perrin, Paris, 2016, page 756.

Au-delà de la problématique du recours aux robots contre un ennemi asymétrique, se pose maintenant celle des cyber-conflits. Comment dans cet environnement apprécier la proportionnalité d'une riposte ou encore son impact sur la population civile ? Dans cet environnement virtuel les belligérants bénéficient d'un quasi-total anonymat et peuvent donc échapper aux conséquences juridiques de leur mise en cause.

L'utilisation prochaine probable des nanotechnologies remet en cause l'applicabilité de la Convention de 1993 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, entrée en application en 1997. Notons que la Convention de La Haye de 1889, n'a pas empêché l'utilisation des gaz pendant le premier conflit mondial.

Les formes de conflits elles-mêmes semblent avoir évolué avec l'importance de plus en plus grande des conflits asymétriques. Comme le rappelle le général Michel Yakovleff²³, on parle de guerre asymétrique lorsque « les deux camps ne combattent pas sur le même plan, leur référents sont totalement différents, voire mutuellement incompatibles ». Pour le général Yakovleff, l'un des théoriciens français de la guerre les plus reconnus, cette forme de conflit n'est pas si nouvelle que cela. Nos armées occidentales ont simplement oublié celle-ci. Ce déséquilibre des forces opposées ne se traduit d'ailleurs pas nécessairement par des victoires militaires et politiques écrasantes comme l'ont illustré les conflits en Irak et en Afghanistan de ce début du XXI^e siècle. Ce déséquilibre des forces en présence, l'imbrication étroite entre le civil et le militaire, posent des problèmes juridiques importants pour les armées occidentales. Celles-ci se retrouvent, et c'est tout à leur honneur, contraintes à opérer dans un cadre de règles d'engagement fortement teintées de règles de droit.

Au sein des forces de l'OTAN, tous les États n'ont pas la même approche du respect du droit international humanitaire dans le cadre d'opérations militaires. Ainsi, dans le champ de la recherche de renseignement, la tentation de recourir à des méthodes de tortures psychologiques ou de faire subir à des prisonniers de guerre des traitements dégradants, entraîne une remise en cause de l'applicabilité de certaines dispositions du droit international. Ainsi, récemment encore, le Pentagone se refusait à transcrire dans ses règlements les dispositions de l'article 3, alinéa c, des Conventions de Genève qui prohibent pour les prisonniers de guerre « les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants ».

B. Rôles et responsabilités du LEGAD dans ce nouveau type d'engagements

Comme le rappelle Claire Landais, les opérations menées par une force multinationale ou nationale sont planifiées et conduites à trois niveaux distincts :

23. Michel Yakovleff, *Tactique théorique*, Economica, Paris 2106, page 12.

stratégique, opératif et tactique. Pour reprendre les définitions officielles de l'armée française²⁴ « *le niveau stratégique est celui de la conception, de la préparation et de la conduite générale des opérations menées sur différents théâtres... le niveau opératif est celui auquel les opérations sont planifiées, conduites et soutenues sur un théâtre d'opérations déterminé, en vue d'obtenir l'effet voulu et d'atteindre un objectif militaire donné... le niveau tactique, enfin, est celui auquel sont préparées, conduites et exécutées les manœuvres en vue d'atteindre les objectifs définis par le commandant de théâtre* ». C'est à ces trois niveaux aussi que seront analysés les rôles et responsabilités du LEGAD dans les engagements militaires dans lesquels nos armées sont désormais impliquées.

C'est au niveau stratégique que le conseil juridique est non seulement le plus présent mais aussi pris en compte. C'est à celui-ci que la légalité même des opérations proposées sera analysée et l'encadrement juridique nécessaire proposé. Lors de la conférence annuelle LEGAD en 2015, la direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de la Défense et la direction centrale du commissariat des armées (DCSCA) rappellent que « *tout engagement des forces françaises, notamment hors du territoire national, s'effectue dans un cadre juridique bien précis depuis une résolution des Nations-Unies jusqu'aux règles d'engagement et d'ouverture du feu d'une unité élémentaire sur le terrain, en passant par les accords passés entre la France et l'Etat qui a demandé son intervention, dans le cadre global du droit des conflits armés* ». Ce cadre juridique précis n'est pas pour autant de prime abord toujours très clair. Pour Anne-Marie Traversac, l'intervention militaire de la France en 2013 au profit du Mali, État faible et instable du Sahel menacé par le terrorisme djihadiste, a été accompagnée de « *déclarations politiques... pour le moins ambiguës voire contradictoires* » et « *qui pouvaient entretenir un doute quant à la légalité de cette intervention* ». La légalité au regard du droit international de l'Opération Serval repose en réalité exclusivement sur une lettre du président, par intérim, malien demandant l'aide de la France. Les autres fondements juridiques évoqués initialement par l'exécutif français, tels que les résolutions existantes des Nations Unies, s'étant avérés erronés. C'est bien un appui juridique de haut niveau qui permettra d'assurer à la France de justifier en droit son intervention militaire. Le niveau stratégique militaire en France est positionné au CPCO sous les ordres directs du CEMA. C'est le LEGAD positionné à cet échelon qui doit s'assurer de la légalité de l'intervention planifiée.

Le niveau opératif est celui du théâtre d'opérations, c'est-à-dire du commandement interarmées de théâtre (composantes terre, air, marine). Le commandant interarmées de théâtre (JFC pour Joint Forces Commander), se positionne entre le niveau stratégique et tactique et décide, en fonction de l'effet recherché, du meilleur emploi des forces mises à sa disposition sur place. Il joue donc un rôle primordial puisqu'il fait le choix de « *la composante menante et des composantes*

24. Armée de Terre, Tactique Générale, Economica, Paris, 2^e édition, 2014, page 12.

*concourantes*²⁵ ». Sur la base de ce déploiement des forces militaires, le commandant interarmées de théâtre définit les règles d'engagement de celles-ci. Ces règles d'engagement, désignées par l'acronyme anglophone ROE pour Rules of Engagement, n'ont pas vocation à autoriser le recours à la légitime défense. En effet, les militaires français disposent, comme tout citoyen, du droit de légitime défense. Les règles d'engagement sont là pour encadrer le recours à la force en dehors des cas de légitime défense, ou lorsque celui-ci est autorisé sur la base d'autres fondements juridiques. Comme par exemple dans le cas de l'existence d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies. Cette définition des règles d'engagement est essentielle pour s'assurer que la force militaire s'exerce dans un environnement juridique bordé et garantissant que celle-ci ne puisse être remise en cause a posteriori.

Ainsi, dans le cadre de l'Opération Serval, en fonction des accords passés avec le Mali, des règles d'engagement ont été rédigées en conformité avec les Conventions de Genève et les autres traités internationaux ratifiés par la France. La rédaction de règles à la fois conformes au droit et applicables opérationnellement par les militaires concernés exige en même temps une excellente compréhension de l'environnement juridique, du gabarit et des capacités des forces déployées. Pour autant, le Centre de Doctrine d'Emploi des Forces du ministère de la Défense précise que « *bien qu'il faille tenir compte du cadre juridique de l'opération et donc associer étroitement le conseiller juridique, la rédaction des règles d'engagement doit rester une responsabilité des opérationnels*²⁶ (J3 pour les Opérations ou Conduite et J5 pour la Planification) ». Le LEGAD intervient bien comme conseiller et non comme rédacteur et ce pour éviter « *la dérive, parfois constatée, qui consiste à abandonner au conseiller juridique leur rédaction* ».

Au niveau tactique, que cela soit à l'échelon de la brigade (environ cinq mille militaires) ou d'un GTIA (Groupement Tactique Inter Armes, qui correspond au gabarit d'un bataillon soit huit cents militaires), le LEGAD doit être à même de décliner ces règles d'engagement auprès du chef concerné et de ses commandants d'unités. Concrètement, cela implique que le LEGAD, dans le cadre de certaines opérations et en fonction de la mission planifiée, puisse conseiller le chef de corps sur ce qui est juridiquement possible au niveau tactique. Le LEGAD doit être alors à même de fournir un conseil respectant le mandat donné à la force tout en prenant en compte tous les moyens déployés. Le LEGAD, pour être à même de répondre à cette demande dans un délai souvent très court, doit non seulement maîtriser les droits concernés mais posséder aussi une très bonne connaissance militaire opérationnelle ainsi que du travail d'état-major. Cette double compétence est difficile à acquérir

25. Stratégie, opératique et tactique : la place des forces terrestres in Doctrine n° 7, Centre de Doctrine d'Emploi des Forces, 2005, page 19.

26. L'environnement juridique des forces terrestres in Doctrine n° 4, Centre de Doctrine d'Emploi des Forces, septembre 2004, page 18.

et encore plus à maintenir dans la durée. Le rythme de rotation en opérations implique que le LEGAD puisse maintenir ses connaissances dans les domaines militaires et juridiques, quelle que soit la mission qui lui est confiée entre deux opérations sur le terrain.

Conclusion

Le rôle du LEGAD dans les opérations militaires des forces de l'OTAN est désormais bien établi. L'appréciation individuelle des Etats influe déjà de façon significative dans la conduite des opérations de certaines forces. Ainsi, comme le souligne le colonel Michel Goya « *la peur d'une enquête judiciaire est désormais aussi forte chez les Britanniques que la peur de combattre l'ennemi, et cela a produit des effets particulièrement négatifs sur le moral et le recrutement, en particulier des réservistes*²⁷ ».

Depuis 1999, des conseillers juridiques, les LEGAD, accompagnent les troupes françaises sur le terrain. Armer efficacement cette fonction exige que les forces disposent « *d'un vivier d'officiers disponibles, bien formés et bénéficiant d'expériences variées, tant en état-major de force que sur le terrain en accompagnement direct des unités engagées*²⁸ ». Le défi pour nos armées est de trouver le bon équilibre entre le développement et l'entretien de compétences à la fois juridiques très spécialisées et militaires à un niveau état-major. Différents modèles de recrutement et de formation des LEGAD sont présents au sein des forces de l'OTAN. Celui adopté par la France semble plus économique, en centrant le recrutement des LEGAD sur des spécialistes juridiques et administratifs du Commissariat des Armées. L'expérience montrera si cette approche ne se fait pas aux dépens de l'expérience militaire de terrain.

27. Colonel Michel Goya, *Res Militaris*, ouvrage cité, page 233.

28. Commissaire général de la marine (2S) Alain Verdeaux, conseiller maritime de la Fondation méditerranéenne des hautes études stratégiques, compte rendu de la conférence LEGAD de septembre 2005, <http://fmes-france.org/conference-annuelle-legend-paris-21-septembre-2015>.