

Les nouvelles règles

relatives à la responsabilité pénale des militaires faisant usage de la force à l'étranger

par YVES CLAISSE

L

Lorsqu'ils sont confrontés à des atteintes graves aux droits de l'Homme lors de leur déploiement sur un théâtre d'opération extérieure, les militaires peuvent être amenés à faire usage de la force armée. Ils s'exposent alors à être questionnés, mis en cause, voire poursuivis, le mobile humanitaire de l'intervention, sans être une circonstance indifférente, ne suffisant pas, à lui seul, à empêcher les soupçons d'infraction⁽¹⁾.

L'hypothèse relève de la « *judiciarisation des opérations militaires* »⁽²⁾, formule qui recouvre l'intervention croissante, et relativement récente, de la juridiction pénale française dans l'appréciation d'actions militaires



YVES CLAISSE

Avocat au barreau de Paris
Enseignant à l'IEJ Paris II
LTC de la réserve
Gendarmerie

(1) : Il faut rappeler ici les dispositions des articles 113-6 du code pénal : « *La loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République. Elle est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis (...)* » et 113-7 : « *La loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement, commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction. (...)* ».

(2) Parmi une littérature abondante sur « la judiciarisation des opérations militaires », le succès de la formule s'expliquant, au moins pour partie, par le flou des termes qui la composent : Rapport du GDS n° 9 de la 23^{ème} session nationale d'études de l'INHESJ (2012) ; La judiciarisation des conflits, numéro spécial de la revue *Inflexions*, La Documentation française ; C Barthélémy, La judiciarisation des opérations militaires : Thémis et Athéna, L'Harmattan, 2012.

(par les buts poursuivis et les moyens employés) conduites à l'étranger, dans des conditions d'engagement très différentes de celles dans lesquelles le droit des conflits armés a été conçu et pour lesquelles l'accomplissement de la mission peut conduire à l'emploi de la force au-delà de la légitime défense⁽³⁾.

De récentes mises en cause, dont la plus médiatisée, celle de l'embuscade d'Uzbin en Afghanistan⁽⁴⁾, ont

(3) S'agissant des incriminations pouvant être invoquées, on pense par exemple aux infractions d'homicide involontaire (article 221-6 du code pénal), de blessures involontaires (article 222-19 et s.) ou de mise en danger de la vie d'autrui (article 223-1). Des infractions d'abstention comme le non empêchement d'un crime ou d'un délit (article 223-6) pourraient également être sollicitées si confrontés à des violations manifestes des droits de l'Homme, les militaires « restaient l'arme aux pieds ».

(4) Le 18 août 2008, une centaine de militaires français effectuait une patrouille de reconnaissance en vallée d'Uzbin (ou Uzbeen). Tombés dans une embuscade les militaires français perdirent 10 des leurs. Un rapport de l'état-major de l'OTAN à Kaboul pointait différentes insuffisances. Classé secret défense, ce rapport dont le contenu exact n'était pas diffusé mais dont l'existence était confirmée par le ministre de la Défense alimentait la polémique d'abord sur le plan médiatique puis sur le plan judiciaire, une plainte étant déposée devant un juge d'instruction par Me Gilbert Collard, au nom et pour le compte de la famille d'un des militaires décédés. L'affaire allait conduire la Cour de cassation à se prononcer dans un arrêt du 10 mai 2002 (Cf n° 8)

(5) Pour la version initiale du texte : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028338825&catEgorieLien=id>

conduit les plus hautes autorités civiles et militaires de l'État à réagir. C'est ainsi que le chapitre VI de la loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013, relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019⁽⁵⁾ et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale, a profondément modifié tant en ce qui concerne la procédure que les incriminations la responsabilité pénale des militaires en mission à l'étranger.

L'objectif affiché par ce texte, fruit d'un travail commun entre les services du ministère de la

qu'elle présente des difficultés « *hors du commun* ».

C'est aux modifications apportées par ce texte que nous voudrions consacrer les développements qui suivent en précisant d'emblée que notre propos, nécessairement synthétique, sera à bien des égards plus pauvre que son sujet.

La mort violente d'un militaire au cours d'une action de combat à l'étranger ne conduit plus nécessairement à une enquête prévôtale

Aux termes de l'article 74 de notre code de procédure pénale « *en cas de découverte d'un cadavre, qu'il s'agisse ou non d'une mort violente, mais si la cause en est inconnue ou suspecte (...)* » ou en cas « *de découverte d'une personne grièvement blessée lorsque la cause de ses blessures est inconnue ou suspecte.* », le Procureur de la République peut ordonner une enquête, faire pratiquer une autopsie, désigner des experts... aux fins de rechercher les causes de la mort.

En pratique et alors même que les textes ne l'imposaient pas, le Parquet près le tribunal aux armées de Paris⁽⁶⁾ recourait systématiquement à une enquête prévôtale lorsqu'un militaire français décédait sur un théâtre d'opération extérieure. Cette intervention judiciaire, systématique et très en amont, était très mal vécue par l'Institution militaire : elle

(6) Sous l'impulsion de Madame Alexandra ONFRAY

Défense et du ministère de la Justice, a été d'intégrer dans notre droit la spécificité de l'action militaire en temps de paix dont nul ne peut nier qu'elle est de plus en plus variée (la frontière entre opérations militaires et opérations de police étant de plus en plus ténue) et

alimentait le soupçon, notamment chez les familles, elle retardait le rapatriement du corps et plus profondément encore

(7) Lors des vœux du ministre de la Défense du 18 janvier 2012, le chef d'état-major des armées, l'amiral Edouard Guillaud déclarait ainsi : « *Un soldat qui meurt au combat n'est pas une victime : c'est d'abord un homme ou une femme qui va au bout de son engagement* ».

elle négligeait la force de l'engagement du militaire et sa dimension « héroïque » en faisant du soldat mort au combat une

victime⁽⁷⁾.

L'article 29 de la loi du 18 décembre 2013 a changé la donne en insérant dans le code de justice militaire un nouvel article L 211-7 selon lequel : « Pour l'application de l'article 74 du code de procédure pénale, est présumée ne pas avoir une cause inconnue ou suspecte la mort violente d'un militaire au cours d'une action de combat se déroulant dans le cadre d'une opération militaire hors du territoire de la République. ».

Conséquence ? Pour reprendre la formule

(8) Pierre BRICARD, 2014, La responsabilité pénale des militaires à l'étranger, http://www.academia.edu/712528/La_responsabilit%C3%A9_p%C3%A9nale_des_militaires_%C3%A0_l_%C3%A9tranger

de Pierre Bricard⁽⁸⁾, magistrat retraité, ancien chef du bureau études et organisation à la

Division des affaires pénales militaires (Direction des affaires juridiques) : « *Dès lors, s'il n'est pas constaté par la hiérarchie militaire et la prévôté qu'il existe un manifestement des éléments particuliers justifiant une enquête judiciaire permettant de renverser cette présomption, il n'y aura pas lieu de déclencher le lourd processus judiciaire de l'article 74 du*

code de procédure pénale (enquête pour recherche des causes de la mort), procédure dont le déclenchement devra revêtir un caractère très exceptionnel. Dans la généralité des cas un simple procès-verbal de renseignements judiciaires adressé au procureur de la République de Paris sera rédigé par la prévôté ».

La compétence exclusive du ministère public pour poursuivre les délits commis à l'étranger et impliquant un militaire français

Avec l'arrêt qu'elle avait rendu le 10 mai 2012 (pourvoi n° 12-81197) dans l'affaire dite d'Uzbin⁽⁹⁾, la Cour de cassation avait admis que l'action publique destinée à apprécier l'éventuelle responsabilité pénale suite à la mort de militaires français en opération en Afghanistan pouvait être mise en mouvement par la plainte avec constitution de partie civile (en l'occurrence des membres des familles des militaires décédés).

(9) <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&iidTexte=JURLTEXT000025860357&fastReqlid=452463954&fastPos=1>

dite d'Uzbin⁽⁹⁾, la Cour de cassation avait admis que l'action publique destinée à

(10) Le 19 mai 2012 dans son message aux Armées, le président de la République, François Hollande avait solennellement déclaré : « *Nos militaires, qui assurent la protection de la Nation, méritent en retour que la Nation les protège, notamment d'une judiciarisation inutile de leur action* ».

La solution et ses conséquences prévisibles quant à la multiplication des procédures et l'instrumentalisation de la voie pénale

avaient suscité une grande émotion au sein de l'Institution militaire à laquelle le président de la République avait fait écho.⁽¹⁰⁾

L'article 30 de la loi du 18 décembre 2013 a fermé la porte à la faculté reconnue, sous l'empire du droit ancien, par la Cour de cassation. Aujourd'hui, l'article 698-2 dernier alinéa du code de procédure pénale dispose :

« (...) *l'action publique ne peut être mise en mouvement que par le procureur de la République lorsqu'il s'agit de faits commis dans l'accomplissement de sa mission par un militaire engagé 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.* »

La clarification de la notion d'imprudence ou de négligence commise par des militaires en opérations extérieures

Ainsi que la Cour de cassation l'a rappelé dans son arrêt précité du 10 mai 1992, il n'existe pas dans notre droit un principe ou un texte pouvant être interprété comme ayant pour objet ou pour effet d'exonérer les militaires de leur responsabilité pénale pour les actes involontaires (maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par une loi ou un règlement) commis sur un théâtre d'opération extérieure.

(11) L'article L 121-3 du code pénal est ainsi libellé : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.

Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.

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 accompli 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.

Il n'y a point de contravention en cas de force majeure. »

L'affirmation est exacte même si depuis 2005, l'article 4123-11 du code de la défense nationale a pris en compte les difficultés des missions et les spécificités de l'action de combat en matière d'homicide ou de blessures par imprudence. Il dispose en effet :

« *Sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 du code pénal⁽¹¹⁾, les militaires ne peuvent 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 ».

La loi du 18 décembre 2013 ajoute un alinéa à cet article L 4123-11 du code de la défense nationale en précisant que :

« 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 ».

Certes technique et de détail, l'ajout législatif est assurément de nature à apporter aux militaires mis en cause ou susceptibles de l'être une plus grande sécurité judiciaire dans ce domaine « englobant » des infractions par imprudence qui, paradoxalement, touchent tous ceux qui acceptent et assument plus de responsabilité que d'autres.

La création d'un fait justificatif exonérateur de responsabilité pénale pour les opérations mobilisant des capacités militaires se déroulant à l'extérieur du territoire français

C'est sans doute là qu'est l'innovation majeure de la loi du 18 décembre 2013 qui crée un II à l'article L 4123-12 dans le code de la défense nationale :

« 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 ».

Cette disposition législative établit une

(12) Rappelons qu'en droit pénal, le fait justificatif fait disparaître l'élément légal de l'infraction. Il est une cause d'irresponsabilité pénale objective. Le code pénal en prévoit quatre : Le Code pénal en prévoit quatre : l'ordre de la loi (article 122-4 du Code pénal), le commandement de l'autorité légitime (article 122-4 du Code pénal), la légitime défense (article 122-5 du Code pénal) et l'état de nécessité (article 122-7 du Code pénal).

exonération de la responsabilité pénale⁽¹²⁾ du militaire qui, à certaines conditions, fait usage de la force dans le cadre d'une opération militaire extérieure.

La référence à l'accomplissement de la mission couvre un nombre de situations beaucoup plus larges que la légitime défense, qui suppose une agression préalable. Elle permet notamment d'assurer la protection des populations menacées même si le militaire n'est pas confronté à une menace sur sa personne.

Au final, notre droit positif apparaît plus équilibré qu'il ne l'était il y a deux ans à peine : adapté aux difficultés du métier de soldat, intégrant le « privilège du combattant » qui acceptant de mourir peut, à certaines conditions et dans certaines circonstances, donner la mort, il écarte toute idée d'impunité ou d'immunité de juridiction. C'est heureux à l'heure où les missions des militaires vont, sur le territoire national et à l'extérieur, bien au-delà de la conduite de la guerre.