



HAL
open science

Le cadre juridique incertain des actions spéciales

Bertrand Warusfel

► **To cite this version:**

| Bertrand Warusfel. Le cadre juridique incertain des actions spéciales. 2016. hal-03758604

HAL Id: hal-03758604

<https://hal.science/hal-03758604v1>

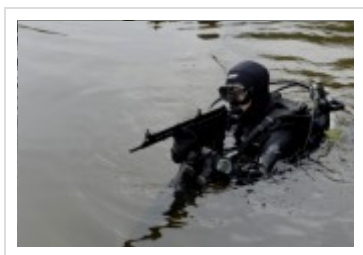
Submitted on 23 Aug 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le cadre juridique incertain des actions spéciales

Publié le **09/03/2016** par **Bertrand Warusfel**



Dans leur rapport publié en mai 2014⁽¹⁾, les rapporteurs de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées du Sénat n'ont pas recommandé « l'adoption d'un cadre juridique spécifique aux opérations spéciales », même s'ils ont relevé différentes difficultés juridiques potentielles pouvant affecter certaines formes d'action spéciale.

Cette réaction peut se comprendre si l'on s'en tient à l'idée simple selon laquelle les interventions des forces spéciales restent des opérations militaires qui s'inscrivent dans le cadre normal du droit des conflits armés, alors que, d'autre part, les opérations clandestines échapperaient par nature à tout encadrement juridique.

Pourtant, cette vision traditionnelle des choses apparaît insuffisante et ne tient pas compte des réelles incertitudes qui peuvent peser sur certaines formes d'action spéciale des forces armées ni des premières avancées législatives concernant les actions clandestines.

1/ L'inscription imparfaite des forces spéciales dans le droit des conflits armés

Le droit humanitaire n'ignore pas l'existence de forces spéciales et peut les considérer comme des forces militaires classiques, pour autant qu'elles respectent de la même manière les règles du droit international. C'est au moins ce qu'affirme le manuel français de droit des conflits armés qui écrit :

« Entraînés, équipés et organisés pour effectuer des opérations spéciales en zone ennemie, les commandos, quels que soient leur mission et leur armement, doivent respecter le droit des conflits armés. Ils sont protégés par le statut de prisonnier de guerre, en cas de capture, s'ils

répondent à la définition de combattant précisée par l'article 4 de la convention III de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre. »⁽²⁾

Pour autant, certaines dispositions du *jus in bello* (règles gouvernant le déroulement des opérations lors d'un conflit) peuvent être délicates à respecter lors de certaines missions spéciales, et pourraient donc alimenter une possible « judiciarisation » de certaines de ces opérations⁽³⁾.

Il en va ainsi du recours à la ruse, au déguisement et autres subterfuges. Si l'article 24 de la Convention de La Haye de 1907 admet « Les ruses de guerre et l'emploi des moyens nécessaires pour se procurer des renseignements sur l'ennemi et sur le terrain », cette reconnaissance ne vaut que pour le recueil du renseignement, et non pour les opérations elles-mêmes. Au contraire, en effet, son article 23 interdit formellement de « tuer ou de blesser par trahison des individus appartenant à la nation ou à l'armée ennemie. »⁽⁴⁾ Cette distinction est reprise par le protocole additionnel aux Conventions de Genève dont l'article 37 distingue la « perfidie » interdite des « ruses de guerre » qui sont autorisées⁽⁵⁾.

De même, seul le port de l'uniforme préserve le militaire des forces spéciales pris sur le terrain d'être considérés comme un espion et lui permet de bénéficier de la protection des prisonniers de guerre. L'article 29 de la même Convention de 1907 prescrit en effet que « les militaires non déguisés qui ont pénétré dans la zone d'opérations de l'armée ennemie, à l'effet de recueillir des informations, ne sont pas considérés comme espions ». A contrario, toute opération menée en tenue civile par des forces spéciales ne bénéficie plus de cette protection juridique.

Mais c'est aussi au niveau des règles d'engagement que le recours aux forces spéciales peut s'avérer juridiquement délicat. En effet, grâce à leur discrétion et à leur mobilité, l'un des atouts du recours à ce type de forces réside dans la possibilité de les envoyer sur un terrain de crise, hors de toute intervention déclarée ou en anticipation d'une future opération extérieure.

Dans de tels cas de figures (qui semblent devenir assez fréquents actuellement), deux difficultés apparaissent. En amont, se pose la question du respect des dispositions de l'article 35 de la Constitution qui impose au gouvernement d'informer le Parlement « de sa décision de faire intervenir les forces armées à l'étranger, au plus tard trois jours après le début de l'intervention ».

Lors du débat au Parlement sur le projet de loi constitutionnelle qui a introduit cette disposition (en 2008), le ministre de la défense de l'époque, M. Hervé Morin avait affirmé que la notion d'« intervention des forces armées à l'étranger » se concentrait sur « l'envoi des militaires en corps constitués à des fins opérationnelles », ce qui selon lui excluait « les opérations confidentielles des services de renseignement ou menées par les forces spéciales dans des cas particuliers – par exemple, l'opération que nous avons menée récemment en Mauritanie pour appréhender les auteurs de crimes commis contre des touristes français ». L'argument a été réaffirmé dans des termes très proches plus récemment en 2015 à l'occasion d'une réponse du ministre de la défense à une question parlementaire concernant le déclenchement de l'opération Barkhane⁽⁶⁾.

Si l'interprétation est certainement valable pour les opérations clandestines (voir plus bas), elle

peut être plus discutée s'agissant des forces spéciales agissant en uniforme, lesquelles peuvent être considérées comme constituant un corps à finalité opérationnelle. Certes, comme l'indique également la réponse ministérielle de 2015, « la grande discrétion » qui entoure les opérations spéciales rend difficile une information trop détaillée ou trop précoce des parlementaires. Mais pour autant, le maintien dans la durée de forces spéciales sur un théâtre extérieur pourrait s'assimiler à une « opération extérieure ». Le rapport parlementaire récent de Guy-Michel Chauveau et Hervé Gaymard sur les engagements militaires français citent d'ailleurs la définition donnée en 2011 par le général Thorette, selon laquelle « *est qualifié d'opération extérieure tout emploi des forces armées hors du territoire national (qu'elles soient déployées sur le théâtre ou opèrent à partir du sol français), dans un contexte caractérisé par l'existence de menaces ou de risques susceptibles de porter atteinte à l'intégrité physique des militaires.* »⁽⁷⁾ Selon une telle définition large, des opérations spéciales d'une certaine ampleur et d'une certaine permanence (c'est-à-dire allant au-delà d'une simple action ponctuelle) seraient donc susceptibles de donner lieu à l'application de l'article 35, et donc non seulement à une information initiale du Parlement mais aussi à un vote sur sa continuation au-delà de quatre mois. On peut noter d'ailleurs que dans plusieurs pays occidentaux la participation secrète des forces spéciales à des opérations sur les théâtres extérieurs suscitent des interrogations et des polémiques sur sa légitimité (citons, par exemple, le cas du Canada, ou même certaines interrogations en Suisse sur la présence de ses forces spéciales en Libye).

De leur côté, les auteurs du rapport sénatorial de 2014 laissent également pointer une certaine appréciation critique lorsqu'ils écrivent à ce sujet que « *l'application de ce cadre commun pose la question de la légalité des opérations spéciales à l'étranger, en dehors de tout conflit. Par exemple, le déploiement des forces spéciales dans la bande sahélo-saharienne de 2009 à 2013 (TF SABRE), en nombre significatif, n'a été connu qu'après l'opération Serval au Mali. Or, toutes les interventions des forces armées françaises à l'étranger, doivent respecter l'article 35 de la Constitution qui prévoit l'information du Parlement au plus tard trois jours après le déclenchement de l'intervention et son autorisation quatre mois au plus tard après.* »⁽⁸⁾

La deuxième difficulté concerne le recours à la force dans le cadre de ces opérations discrètes ou secrètes. La loi de programmation militaire de décembre 2013 a bien renforcé les dispositions antérieures de telle sorte que désormais « *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* » (art. 4123-12 II du code de la défense). De même a été créé l'article L. 211-7 du code de justice militaire (qui fait présumer non suspecte la mort d'un militaire en opérations extérieures) et modifié l'article 698-2 du code de procédure pénale (qui réserve au seul parquet l'initiative des poursuites relatives à des actes commis par des militaires en opération).

Mais, même si le renvoi des articles 4123-12 CD et 698-2 CPP à des formes particulières d'opérations (comme les libérations d'otage ou l'évacuation de ressortissants) vise à couvrir certaines formes d'intervention spéciale, il n'en demeure pas moins que ces nouvelles dispositions présupposent qu'une opération militaire extérieure soit en cours, ce qui suppose

au minimum que le gouvernement français accepte de reconnaître l'existence de l'opération concernée (même a posteriori, comme cela a par exemple été le cas lorsque le Président de la République a annoncé publiquement l'échec de la tentative de libération du militaire de la DGSE retenu en otage en Somalie en janvier 2013), mais aussi que cette opération ait été menée en conformité avec le droit constitutionnel français (et son article 35) ainsi qu'avec le droit international (comme le relève expressément l'article 4123-12 CD précité). Il n'est donc pas certain que tout usage de la force par des unités spéciales engagées secrètement sur des théâtres extérieurs en dehors de toute légalité internationale établie et reconnue, puisse être pénalement protégé.

Par ailleurs, et comme l'avait remarqué aussi le rapport sénatorial précité, les militaires engagés restent exposés à des poursuites sur la base du droit local de l'État où ils stationnent ou interviennent. Et ces questions juridiques non résolues devraient gagner en importance au fur et à mesure où l'utilisation massive des forces spéciales pourrait devenir une forme préférentielle de gestion des conflits extérieurs (priviliégiant la logique du « hit and transfer » sur celle sur « hit and stay »⁽⁹⁾)

On voit donc que l'appartenance des opérations spéciales au domaine plus vaste des opérations militaires extérieures (OPEX) ne constitue pas une garantie à toute épreuve contre les risques juridiques, lesquels dépendent en réalité de la plus ou moins grande légalité interne ou internationale de l'opération concernée. A fortiori en va-t-il de même s'agissant des opérations clandestines, même si la récente loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement comporte quelques premiers éléments de protection juridique indirecte de telles actions.

II/ Des opérations clandestines qui ne restent plus totalement en dehors du droit

Quand on évoque les risques juridiques associés aux opérations clandestines (et spécifiquement à celles de la DGSE, qui a en France le monopole de ces actions), on pense immédiatement à l'attentat du Rainbow Warrior et à la condamnation de deux des officiers du service Action de la DGSE ayant participé à l'opération. S'ils n'ont fait qu'obéir aux ordres de leur hiérarchie, l'acte commis n'en restait pas moins un crime au regard de la loi locale, et ils ne pouvaient pas non plus exciper de leur participation à une opérations militaire, puisque – bien que militaires, en l'espèce – l'opération de la DGSE à laquelle ils avaient apporté leur contribution était une simple action clandestine d'un service de renseignement.

Par rapport à cette situation de 1985, peu de choses ont changé, si ce n'est la perception beaucoup plus nette du risque juridique réel que peut engendrer une action clandestine. A un moindre niveau, les poursuites pénales engagées par la justice espagnole en 2002 contre deux agents clandestins de la DGSE qui agissaient clandestinement en Espagne dans le cadre d'un entraînement et de la détention provisoire qui s'en est suivie pour ces opérateurs (comme l'a révélé la presse⁽¹⁰⁾), n'ont fait que renforcer cette prise de conscience et à préparer les esprits à l'amarce d'une évolution juridique dont la loi du 24 juillet 2015 témoigne⁽¹¹⁾.

Le premier aspect que l'on doit relever dans ce texte est l'affirmation législative de la capacité du renseignement extérieur français à mener, y compris à l'étranger, des actions d'entrave face à certains risques ou menaces affectant la sécurité nationale. Le nouvel article L. 811-2 du code de la sécurité intérieure affirme en effet que les services spécialisés de renseignement ont

notamment pour missions « en France et à l'étranger » de contribuer « à l'entrave de ces risques et de ces menaces ». Le terme d'entrave renvoie directement à l'actuel article D. 3126-2 du code de la défense (issu du décret du 2 avril 1982 créant la DGSE) qui donne notamment mission à la DGSE de « détecter et d'entraver, hors du territoire national, les activités d'espionnage dirigées contre les intérêts français afin d'en prévenir les conséquences ». Mais outre le fait qu'il s'agit désormais d'un texte législatif (et non plus d'un acte réglementaire organique), on remarquera que l'entrave n'est plus limitée aux seuls impératifs de contre-espionnage, mais vise toutes les menaces et risques « susceptibles d'affecter la vie de la Nation ». Le spectre, nettement plus large, correspond au vrai périmètre d'intervention de la direction des opérations de la DGSE (notamment impliquée dans le contre-terrorisme et les actions de terrain dans les zones de crise ou de conflit).

Mais la loi relative au renseignement est allée un peu plus loin en introduisant certaines dispositions susceptibles de légaliser (et donc aussi de légitimer, sous certaines conditions) différents aspects de l'action clandestine, qu'il s'agisse de l'action de terrain ou de la pratique des cyber-attaques.

S'agissant des actions à l'étranger, un nouvel article L. 862-2 CSI vient rappeler que les « agents des services spécialisés de renseignement sont pénalement responsables de leurs actes dans les conditions définies au titre II du livre Ier du code pénal ». Par là, la loi relative au renseignement renvoie au droit commun de la responsabilité pénale de droit commun et plus particulièrement à l'application de l'article 122-4 du code pénal, qui prévoit qu'un agent public exécutant les instructions de sa hiérarchie n'engage sa responsabilité que si l'acte concerné est « manifestement illégal ». À l'inverse, dès lors que les instructions qu'il a reçues « procèdent d'une autorité ayant légalement compétence pour le faire » (en l'espèce, sa direction générale), sa responsabilité pénale ne pourrait pas être engagée. Mais s'agissant des opérations clandestines, le caractère illicite (au moins au regard de la loi locale) pouvant être manifeste, cette disposition ne permet pas forcément d'exonérer obligatoirement les opérateurs concernés de tout risque juridique en droit pénal français.

C'est pourquoi le législateur de 2015 a prévu qu'un nouvel article L. 862-1 CSI crée pour ces mêmes agents un mécanisme de protection assez proche celui déjà évoqué pour les militaires par l'article 698-2 CPP (qui réserve au seul parquet l'initiative des poursuites relatives à des actes commis par des militaires en opération). S'agissant en effet de « faits commis hors du territoire national, à des fins strictement nécessaires à l'accomplissement d'une mission commandée par ses autorités légitimes, par un agent des services mentionnés à l'article L. 811-2 », l'article L. 862-1 CSI prévoit que le procureur de la République ne peut pas engager de poursuites avant d'avoir informé au préalable le ministre concerné (en l'espèce, celui de la défense, s'agissant des opérations de la DGSE) et recueilli son avis, lequel sera versé à la procédure ultérieure, si celle-ci est engagée.

Concernant les attaques sur les réseaux numériques (qui s'apparentent à des « opérations numériques » clandestines, au sens où les évoque le rapport du Sénat de 2014), on peut relever également que cette même loi du 24 juillet 2015 a créé un nouvel article 323-8 CP, introduit à la fin du chapitre du code pénal relatif aux atteintes aux systèmes de traitement de l'information, et qui dispose que « le présent chapitre n'est pas applicable aux mesures mises en œuvre, par les agents habilités des services de l'État désignés par arrêté du Premier ministre

parmi les services spécialisés de renseignement mentionnés à l'article L. 811-2 du Code de la sécurité intérieure, pour assurer hors du territoire national la protection des intérêts fondamentaux de la Nation mentionnés à l'article L. 811-3 du même code ».

A la différence des dispositions des nouveaux articles L. 854-1 à L. 854-9 CSI (créés plus récemment par la loi du 30 novembre 2015) qui ne concernent que la « surveillance des communications internationales », c'est-à-dire le seul renseignement technique vers l'étranger, cet article 323-8 CP vise précisément les attaques informatiques (c'est-à-dire les intrusions non autorisées et toutes les manipulations de données pouvant en résulter) que peut mener un agent du renseignement extérieur (c'est-à-dire, le plus souvent, de la DGSE) pour agir clandestinement à distance via un réseau numérique.

Certains auteurs considèrent d'ores et déjà qu'il faudrait aller plus loin si l'on veut que le droit français puisse garantir un encadrement juridique satisfaisant aux formes les plus extrêmes de l'action clandestine, et en particulier aux mesures d'élimination physique de certains cibles (en particulier dans le cadre des opérations de contre-terrorisme)((Voir dans ce sens, Xavier Latour, La pratique française des exécutions extra-judiciaires, in *Le droit de la sécurité et de la défense en 2015*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2016 (à paraître)).). Il n'est pas certain que l'on doive aller si loin, mais on peut remarquer cependant que le gouvernement britannique a dû récemment se justifier, y compris juridiquement, lorsqu'a été annoncé en septembre 2015 qu'un drone de la RAF avait tué délibérément deux djihadistes de nationalité britannique⁽¹²⁾. Aux frontières des actions clandestines et des opérations spéciales, les exigences contradictoires des légalités nationale et internationale ainsi que des règles de la guerre asymétrique nécessiteront assurément des arbitrages délicats pour assurer tout à la fois l'immunité des opérateurs agissant selon les ordres légitimes de leur hiérarchie et l'indispensable retenue dans l'usage de la force qui doit toujours caractériser un État de droit.

Bertrand Warusfel

Professeur à l'Université Lille 2,

avocat au barreau de Paris

1. Sénat, *Le renforcement des forces spéciales françaises, avenir de la guerre ou conséquence de la crise ?*, Rapport d'information, par MM. Daniel Reiner, Jacques Gautier et Gérard Larcher, 13 mai 2014. [↔]
2. Ministère de la Défense, *Manuel de droit des conflits armés*, 2004, p. 17. [↔]
3. Sur la problématique générale touchant les opérations militaires, voir Christophe Barthélemy, *La « judiciarisation » des opérations militaires*, L'Harmattan, 2013. [↔]
4. Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907. [↔]
5. Article 37 du protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977. [↔]
6. Assemblée nationale, question n° 79301 de Jean-Jacques Candelier, JORF 9 juin 2015 p. 4319. [↔]
7. Cité in Assemblée nationale, Engagement et diplomatie : quelle doctrine pour nos interventions militaires ?, rapport de la commission des affaires étrangères, document n° 2777, mai 2015, p. 11. [↔]
8. Rapport précité, p. 60. [↔]
9. Formule employée par l'Amiral Guillaud, alors CEMA, devant la commission des Affaires étrangères, de la Défense et des Forces armées, Sénat, 12 septembre 2013, cité par Adrien Schu, Quel modèle pour les interventions occidentales? – Leçons des guerres en Libye, au Mali et en Centrafrique, *Res Militaris*, vol.5, n°1, Hiver-Printemps 2015. [↔]
10. Voir notamment *Libération*, 12 septembre 2009 ; *Le Monde*, 15 novembre 2009. Également : Vincent Nouzille, *Les tueurs de la république*, Fayard, 2015. [↔]

11. Sur l'ensemble du processus ayant abouti à cette loi de 2015, voir Bertrand Warusfel, "La légalisation du renseignement en France (1991-2015)" in Sébastien Laurent & Bertrand Warusfel, *Transformations et réformes de la sécurité et du renseignement en Europe*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2016, pp. 187-213. [[↔](#)]
12. Voir notamment Islamic State conflict: Two Britons killed in RAF Syria strike, sur site www.bbc.com, 7 septembre 2015. [[↔](#)]



Ce contenu a été publié dans **Billets** par **Bertrand Warusfel**, et marqué avec **clandestinité**, **France**, **guerre**, **Loi**, **opérations spéciales**, **Relations internationales**, **renseignement**, **secret**. Mettez-le en favori avec son **permalien** [<https://hestia.hypotheses.org/702>] .



A propos Bertrand Warusfel

Professeur agrégé des facultés de droit à l'Université Lille 2 Avocat au barreau de Paris Administrateur d'Hestia Expertise

[Voir tous les articles de Bertrand Warusfel](#) →

Rechercher dans OpenEdition Search

Vous allez être redirigé vers OpenEdition Search

- Dans tout OpenEdition
- Dans HESTIA Expertise