

La dialectique du droit, de la démocratie et de l'action militaire

François SUREAU

Avocat auprès du Conseil d'État et de la Cour de cassation, écrivain, colonel de réserve (Légion étrangère).

Avant 1789, l'ordre politique occidental, européen de manière générale, était gouverné par cette idée qu'au fond, la politique moderne n'existait évidemment pas dans la mesure où l'assentiment à l'ordre politique était un assentiment qui n'entraînait pas de dissociation de la nation avec elle-même. Vous aviez le roi ou vous aviez le gouvernement, vous aviez les lois fondamentales du royaume et finalement, la politique se résumait à une politique de cour ou de faction, sauf dans les périodes troublées comme la Fronde.

La Révolution française introduit cette idée radicalement nouvelle d'une rupture entre le passé et l'avenir, entre le camp du progrès et le camp de la conservation dans l'idée d'une construction politique toujours à venir et qui a sans cesse à régler avec elle-même la question et du passé, et de ses propres adversaires. Girardet montre très bien qu'elle aura une conséquence absolument gigantesque sur l'exercice de l'activité militaire. Bouthillon comme Girardet montrent magnifiquement que le paradoxe des sociétés nées de la Révolution française – et pratiquement toutes les sociétés occidentales sont nées sinon de la Révolution française au sens historique, du moins des principes philosophiques ayant présidé à la Révolution française – a donné lieu à une construction politique paradoxale.

Qu'est-ce que la construction politique paradoxale ? C'est que d'une certaine manière, nous affirmons la souveraineté de la nation comme successeur de la souveraineté royale, mais affirmant la souveraineté de la nation, nous créons un espace politique toujours à venir dans lequel la nation se trouve divisée contre elle-même de manière permanente entre la gauche et la droite, entre le camp du progrès et le camp de l'avenir, etc. Ce qui fait que la difficulté de l'exercice démocratique et d'ailleurs la difficulté de l'exercice de la démocratie représentative – en particulier ce qu'on voit bien en France ces jours-ci – est une difficulté consistant à penser à la fois la nation comme une et la nation comme intrinsèquement divisée.

On voit bien que cette ligne de partage, ce paradoxe fondamental de la démocratie née de 1789 et que Girardet est le premier à avoir relevé avec cette clarté,

oriente la totalité de l'action militaire, y compris dans les relations du corps social militaire avec la politique dans la mesure où l'armée est nécessairement le serviteur, non pas d'une faction, mais de la nation entière.

Ce paradoxe a une deuxième conséquence : la démocratie, parce qu'elle est tournée vers l'avenir et qu'elle est intrinsèquement de nature messianique – même si elle est plus burkienne que la démocratie anglaise – a complètement transformé le système de la guerre dans la mesure où l'adversaire n'est plus un adversaire, mais un ennemi puisqu'il est l'ennemi du bien politique. Il est non seulement l'ennemi de notre propre bien politique puisque nous sommes des démocraties, mais il est également l'ennemi de son propre bien politique puisque pour nous, il n'y a pas de réalisation complète de l'homme en dehors des catégories mentales de la démocratie libérale. En réalité, il n'y a plus d'adversaire, il n'y a plus que des amis. Cela donne lieu à deux conséquences dont vous allez voir qu'elles ont évidemment des incidences sur le système du droit.

La première est que, puisqu'il ne s'agit plus d'adversaire, mais d'ennemi, tout est permis pour l'éradiquer – je regrette d'ailleurs qu'on emploie ce mot, y compris en matière de lutte contre le terrorisme – ou tout serait permis puisqu'il s'agit de gens que nous rejetons en dehors de la société politique qui, pour nous, forme l'essentiel de la société humaine, donc en dehors de la société humaine. Je continue à voir le terrorisme sous la catégorie de l'adversaire délinquant, ce qui veut dire que tout n'est pas permis contre lui. Tout est permis pour parvenir à ce résultat, mais, deuxième conséquence, en sens inverse, comme le système de droit et le système d'État de droit sont à l'intérieur, au fondement, au cœur de notre pensée démocratique, il faut le respecter absolument.

Cette tension selon laquelle tout est permis pour éradiquer l'ennemi qui est non seulement notre ennemi, mais son propre ennemi et dans lequel, dans l'autre sens, nous perdons cette identité au nom de laquelle lutter si nous ne respectons pas un système de droit incompatible avec le premier élément que je viens de mentionner, est une tension permanente à l'intérieur du système de la guerre tel qu'il est né de la Révolution française. Mais en même temps, pour que ces actions soient efficaces, on ne peut pas pousser à l'intérieur le respect de ce système de droit au point où il viendrait annuler l'efficacité des armées. Il est impossible de se sortir de cette contradiction. La conséquence, c'est que l'action juridique porte la trace de ce paradoxe.

Après avoir donné cet éclairage général, je voudrais maintenant développer deux idées centrales.

La première idée est que la soumission absolue au droit de l'action de force ne va absolument pas de soi, ni en termes philosophiques ni en termes politiques. En revanche – et cela sera mon second point – la revendication assez répandue d'une sorte de système d'immunité parfois formulé par les militaires n'est pas recevable et sur ce dernier point, je formulerai deux remarques et une proposition.

Le premier point est que la soumission absolue au droit de l'action de force ne va pas de soi. Elle va de soi naturellement en ce qui concerne le fondement et la finalité de l'action de force. Le fondement et la finalité de l'action de force sont au plus profond des finalités tirées de l'ordre constitutionnel national. On n'imagine pas une action de force qui s'émancipe de la déclaration des droits ou de la nécessité d'assurer aux populations la sûreté qui est l'un des droits fondamentaux.

De même, la finalité nécessairement légale dans l'action de force qu'il s'agisse du droit des prisonniers ou qu'il s'agisse du droit de la guerre me paraît quelque chose d'évidemment incontestable. C'est la confusion des finalités du droit et des finalités de l'action de force spécialement en cas de contentieux ou d'engagement de la responsabilité qui pose question, en raison du paradoxe que j'ai essayé de développer en introduction. Là-dessus, je voudrais insister brièvement sur trois points.

D'abord, l'abus de la perspective juridique transforme l'adversaire en délinquant et toute personne ayant participé à des opérations depuis la Yougoslavie a eu l'occasion de s'en rendre compte. La transformation de l'adversaire en délinquant a plusieurs conséquences. Il faut l'attraper, il faut le juger, on ne peut plus passer avec lui d'accords temporaires. Il n'y a plus de paix des braves possibles. La politique disparaît. Toute personne ayant été confrontée sur le terrain à la nécessité de passer un accord de circonstances avec des criminels abominables sait qu'il est quelquefois nécessaire eu égard aux objectifs assignés par le gouvernement, et voit bien la mesure dans laquelle la transformation de toute armée occidentale en ce que Pierre Manent appelait une sorte de bras armé de l'agence internationale des droits, pose un problème substantiel. Ce problème n'a pas de réponse générale. Ce problème doit être laissé à la sagesse des uns et des autres et à l'expertise des exécutants de terrain éclairés par les juristes du gouvernement. On ne peut pas l'éviter pour autant.

Deuxième point : il n'y a pas de compatibilité de principe entre le système de droit et le système militaire. C'est l'occultation fâcheuse entre le système du juge et le système du soldat et là non plus, il ne faut pas essayer de les réconcilier abusivement.

Le système du juge est un système qui est entièrement gouverné par une conception rétroactive de la légalité vaguement inspirée par une idée apparentée au principe de précaution selon laquelle dans le doute, comme il vaut mieux être légal, il y aurait mieux valu s'abstenir d'agir. C'est en particulier le cas à chaque fois qu'une action a provoqué des dommages directs ou des dommages collatéraux. Loin de moi l'idée de dire du mal des juristes ou des juges. Ils sont certainement animés par le même souci de l'intérêt général, dans leur registre, que le soldat. Simplement, leur conception n'est pas du tout la même puisque le juge intervient après les faits en se demandant s'il n'aurait pas été préférable de s'organiser différemment pour que les faits ne produisent pas les effets qu'ils ont produits alors que le soldat, lui, est entièrement tourné de manière proactive vers l'avenir, a une mission à réaliser et est prêt à accepter un certain degré de risque dans l'exécution de la mission.

Le système de la guerre est un système où le hasard de la mission, où le hasard de l'affront est une composante nécessaire de la réalisation de l'intérêt général par la force armée. Le système de la justice est pensé radicalement à l'inverse et donc il faut s'arranger au mieux de cette contradiction.

Deuxièmement, dans l'autre sens, la revendication assez absolue pour le motif que je viens d'indiquer, d'une sorte de système d'immunité des militaires, n'est pas recevable. À cet égard, je vais d'abord faire deux remarques.

La première remarque est que le droit, contrairement à ce que pensent beaucoup de soldats, n'est pas une pure construction positive. Le droit n'est pas seulement la loi, le décret qu'on lit, la circulaire ou la jurisprudence des cours. Le droit a à voir profondément, et surtout dans l'ordre constitutionnel démocratique, avec les réquisitions même vagues de la conscience morale. Ces réquisitions de la conscience morale sont les mêmes que les militaires ont à appliquer : ne pas tuer les prisonniers, ne pas torturer, ne pas frapper les populations civiles. Avant de relever du droit, elles relèvent simplement de l'honneur militaire. S'en affranchir n'est pas simplement s'affranchir des catégories du droit même dans des contextes d'action difficiles. C'est également s'affranchir de l'efficacité militaire pour une raison extrêmement simple. C'est que la violation des normes éthiques fondamentales dans l'action militaire de la part du soldat ruine la discipline en mettant les chefs à la merci du chantage des subordonnés.

Second point, même s'il n'y a pas de séparation entre les catégories fondamentales de l'action militaire, j'ai la faiblesse de penser qu'il revient au gouvernement et à l'administration d'inventer les systèmes de droit qui, sans attenter naturellement aux fondamentaux constitutionnels, ne ruinent pas les spécificités de l'état militaire qu'il s'agisse du temps de travail ou de normes techniques applicables à l'activité militaire ou même au droit d'association des militaires, encore que sur ce dernier point, je trouve que les travaux qui ont été réalisés ont permis de tracer un chemin qui me paraît satisfaisant.

Dès lors que ces spécificités ne conduisent pas évidemment à s'affranchir des normes de la morale commune, elles ne sont pas faites dans l'intérêt des armées. Elles sont faites dans l'intérêt de ce principe constitutionnel de sûreté des populations que les armées ont pour mission de défendre, exactement comme le secret professionnel de l'avocat n'existe pas dans l'intérêt de l'avocat, mais dans l'intérêt de son client.

De même, l'activité chirurgicale est en droit une exception à la règle de l'intangibilité du corps humain et elle n'est pas consentie dans l'intérêt du chirurgien, mais elle est consentie dans l'intérêt du patient. En revanche, il me semble qu'il ne faut rien concéder à cette idée que l'honneur du militaire pourrait être séparé des normes applicables en matière de responsabilité, en matière d'action. Sur ce terrain, il y a encore des progrès à faire.

La proposition que je voulais faire pour terminer, c'est au fond d'appeler à un respect exigeant des catégories du droit en matière de contentieux.

Les militaires ont perdu de vue un certain nombre de nécessités qu'il me paraît important de rappeler. Par exemple, l'indépendance de la répression disciplinaire et de la répression pénale qui me paraît fondamentale. J'ai eu des camarades qui ont été entraînés devant les juridictions répressives et qui ont fait l'objet d'ordonnances de non-lieu, qui ont été acquittés, dont la carrière a été brisée par l'effet de l'attitude d'un certain nombre de responsables qui n'avaient pas vu qu'il leur appartenait de faire prévaloir l'intérêt du service, de le juger par eux-mêmes en tant que soldats et de maintenir l'action et la carrière de l'officier ou du sous-officier en cause indépendamment de la répression pénale. La tendance de ces dix dernières années a été de se cacher derrière la répression pénale de manière systématique pour éviter d'exercer une responsabilité proprement militaire. Ce que je critique simplement, ce sont deux choses.

D'abord, que la répression disciplinaire ne soit pas menée de manière suffisamment sérieuse et transparente. Ensuite, pire encore, qu'on s'abstienne de la mener de manière sérieuse en mettant simplement la personne supposée coupable au placard, en attendant que le juge statue trois ans plus tard. Ceci conduit à une judiciarisation infligée disciplinairement par la hiérarchie à ses propres officiers alors qu'aucune nécessité juridique ne l'impose et alors même que le principe fondamental de notre droit – l'indépendance des deux répressions – reste entier et doit être respecté.

Deuxièmement, je pense que si l'on maintient l'indépendance de la répression pénale, il me paraît extrêmement important d'envisager de réfléchir à une véritable répression disciplinaire organisée avec des procédures et qui, dans un certain nombre de cas au moins, empêcherait un recours abusif à l'action pénale. Cela simplement parce que les familles, les amis, les camarades, les soldats eux-mêmes, verraient que sur le plan militaire, la répression disciplinaire a été traitée avec le sérieux qui convient. J'ai participé à un certain nombre d'enquêtes de commandement. Il y a une réticence, dans les armées, à l'idée de l'enquête de commandement organisée parce que l'on craint que cela ne soit un préjugement pénal et qu'un ensemble de procédures se mettent en place, qui n'aboutissent pas à suffisamment prendre en compte les spécificités de l'action militaire. Je pense que c'est une erreur d'appréciation.

C'est la raison pour laquelle il me semble que l'une des tâches les plus urgentes, si l'on veut éviter ce qu'on appelle une judiciarisation excessive, est que les armées donnent l'exemple de la mise en place d'un véritable système de répression disciplinaire qui serve à la fois l'intérêt de l'efficacité des armées et l'intérêt de la justice.

Je conclurai ce propos en disant simplement qu'au fond, je reviendrai à ce que je décrivais comme étant le paradoxe de l'action militaire démocratique. La guerre n'est pas démocratique et la guerre ne peut être autre chose que démocratique. Elle échappe au droit et elle ne peut pas se situer en dehors des catégories du

droit. La seule tentation à laquelle nous avons collectivement à nous refuser, civils et militaires, est la tentation de l'issue facile, celle du parapluie et du code pénal d'un côté et de l'autre, celle de l'affranchissement des catégories qui sont les catégories même de notre honneur collectif.

Un Intervenant

Vous avez indiqué que le droit n'était pas une pure construction positive, qu'il relevait de la conscience morale, qu'il s'appliquait à tous les militaires au nom de leur honneur et un peu plus tard, vous avez expliqué la distinction qu'il est nécessaire de faire entre la répression disciplinaire et la répression pénale. Si j'ai bien compris votre propos, vous considérez que si un militaire avait été condamné au pénal au titre du droit qui s'applique à la conscience morale, il n'était pas nécessaire qu'il y ait des conséquences sur sa carrière.

François Sureau

J'ai été insuffisamment précis. En réalité, pour moi, c'est séquentiel, c'est-à-dire qu'après, il y a des règles de droit qui s'appliquent. Il est clair qu'on voit mal comment quelqu'un qui a été condamné par une cour d'assises pour avoir assassiné un prisonnier peut continuer de porter l'uniforme. Ces répressions sont en général séquentielles. Quand il se passe quelque chose de dramatique, souvent, c'est d'abord une faute administrative. Au départ, il y a une enquête de commandement. Ce que je critiquais simplement, ce sont deux choses.

Premier point, que la répression disciplinaire ne soit pas menée de manière suffisamment sérieuse et transparente. Second point, qu'on s'abstienne de la mener de manière sérieuse en mettant simplement la personne supposée coupable au placard, en attendant que le juge statue trois ans plus tard. Cela, ce n'est pas bien. Peut-être conforme à l'intérêt général en fonction de telles catégories, circonstances de temps et de pression. Dans le cadre d'une enquête de commandement sérieux avec une procédure normale de juger qu'au fond, pour l'autorité disciplinaire, il n'y a rien à reprocher au colonel..., qu'il est maintenu et qu'il poursuit sa carrière, et qu'ensuite le juge décidera bien ce qu'il veut décider.

Il ne s'agit pas de dire qu'il a tué Y ni que l'« on va l'absoudre parce qu'on en a besoin pour commander le 39^e bataillon d'infanterie ». En fonction de ces critères qui sont les mêmes, nous, ayant fait notre travail correctement, dans le cadre d'une procédure contradictoire, on ne doit rien lui reprocher. Maintenant, il y a des parties civiles qui ont déclenché l'action et on verra dans trois ans si le juge pénal a quelque chose à reprocher. Ensuite, on décidera en fonction de la décision de celui-ci. Ce que j'ai vu fonctionner dans les armées depuis vingt ans, c'est quand même l'inverse. C'est-à-dire que s'il se passe un accident, le juge pénal est saisi, le militaire est mis au placard et on ne se demande pas pourquoi. Je trouve ça profondément anormal... ♦