

II. RETHINKING MILITARY CRIMINAL LAW

QUELLE SPÉCIALITÉ POUR LE DROIT PÉNAL MILITAIRE?

GIOVANNI FIANDACA

Professeur de Droit Pénal de l'Université de Palerme, Italie¹

I.

A. Le point d'interrogation à la fin du titre de cette intervention impose, ou tout au moins suppose, une approche problématique que légitime dès le départ un doute, à savoir que la spécialité du droit pénal militaire pourrait représenter une sorte de résidu atavique du passé, effet de cette inertie typique de nombreux phénomènes juridico-institutionnels qui tendent à survivre comme tradition, même lorsque leur utilité originelle a disparu.

Au cours de cet exposé, nous essaierons d'examiner si et dans quelle mesure un tel doute est fondé.

Comme base préliminaire de connaissance, nous savons avec certitude que l'autonomie et la spécialité du droit pénal militaire se sont historiquement affirmées comme le reflet d'un contexte politico-culturel et sociologique qui, dans une large mesure, n'existe plus aujourd'hui. Il nous vient donc immédiatement le soupçon que ce changement de cadre général n'est pas privé de conséquences quant à la manière de concevoir aujourd'hui un système ou un sous-système de délits et de peines de caractère spécifiquement militaire.

Précisons que les considérations qui suivent sont marquées avant tout par mon optique de chercheur – qui est celle de pénaliste général, et non de spécialiste du

1 Traduit de l'italien par Isabelle Mansuy, docteur en droit, Université Paris 1.

droit pénal militaire – mais aussi par une référence dominante (même si elle est implicite) au droit pénal militaire italien – qui, toutefois, en raison de certaines de ses caractéristiques, pourrait être élevé au rang de modèle «paradigmatique» apte à stimuler des réflexions de caractère théorico-général (qui peuvent donc potentiellement être étendues à d’autres ordres juridiques).

Ajoutons que, compte tenu des rapports complexes qui existent entre la dimension juridique pénale et les facteurs externes à plusieurs niveaux, le pénaliste lui-même devrait orienter son horizon intellectuel vers une vision interdisciplinaire, de manière à considérer non seulement les liens normatifs entre système constitutionnel, ordre militaire et droit pénal, mais aussi la dimension politologique et sociologique de l’armée en tant qu’institution de fait interagissant avec les réalités qui l’entourent.

La politique criminelle, et donc aussi la politique pénale militaire, ne joueraient pas leur rôle si elles ne faisaient pas, au préalable, les comptes avec la réalité empirique des phénomènes à soumettre à la discipline pénale.

B. Il n’est pas facile de synthétiser en quelques mots les motivations de la spécialité qui a historiquement caractérisé le droit pénal militaire – spécialité qui, dans certains ordres juridiques comme celui de l’Italie, s’est du reste traduit non seulement par une codification autonome des normes d’incrimination (parfois même avec une distinction supplémentaire entre code pénal militaire de paix et code pénal militaire de guerre), mais aussi par la prévision d’un procès pénal différencié et d’une juridiction militaire spéciale.

La motivation de portée plus générale, c’est-à-dire de caractère politico-institutionnel, est liée à une idée qui remonte assez loin dans le temps: l’idée que l’institution militaire, en tant qu’univers indépendant qui vit sa propre vie basée sur des valeurs et des règles particulières, a aussi besoin d’un modèle de justice tout aussi différencié, sous certains aspects dérogatoire par rapport aux principes qui président au système de justice destiné aux citoyens.

En réalité, il faut tenir compte de cette propension politique à donner vie à un sous-système autonome, caractérisé par l’intégration de secteurs normatifs différents, même lorsque – comme dans le cas de cet exposé – l’attention se concentre sur les aspects de droit pénal de fond. Il peut en effet arriver – comme le prouvent certaines affaires tourmentées de la justice militaire dans le contexte de l’ordre juridique italien – que les choix de politique criminelle relatifs aux limites d’extension à assigner au champ des délits militaires soient aussi influencés par des préoccupations qui n’ont pas seulement à voir avec les exigences de protection pénale stricto sensu, mais qui reflètent plutôt un intérêt préjudiciel à conférer à la juridiction militaire un rôle et un espace d’intervention qui ne soit pas trop secondaire – aussi bien en termes symboliques que pratiques – par rapport à ceux de la justice ordinaire. En d’autres termes, de ce point de vue, plus on entend valoriser l’importance de la justice

militaire pour des raisons politico-institutionnelles, plus on prend une orientation favorable à l'extension du catalogue de délits à rattacher à sa compétence.

Mais tout en ayant conscience de la présence contemporaine de facteurs hétérogènes qui conditionnent ces choix, il est peut-être possible de risquer une formule de synthèse pour résumer les raisons de la spécialité historique du droit pénal militaire, tout au moins si l'on considère son noyau central qui le caractérise le plus: selon la formule de synthèse que nous proposons, le droit pénal militaire tendrait génétiquement à se comporter plus comme un droit pénal de types d'auteurs spécifiques et de devoirs spéciaux, que comme un droit pénal de biens juridiques et d'atteintes correspondantes.

Et ce n'est pas un hasard. Sous ses traits originels, le droit pénal militaire est profondément imprégné – et il n'aurait du reste pas pu en être autrement – par cet ensemble d'exigences fonctionnelles et de valeurs qui, dans un sens idéal typique, caractérisent l'armée considérée dans sa triple dimension organisationnelle, idéologique et éthique. Il s'agit d'ailleurs de valeurs «hybrides», qui s'inscrivent donc dans une perspective à la fois de continuité avec la tradition aristocratique et féodale et de changement politico-social; et qui – de manière contradictoire – évoquent, d'un côté, l'archétype du guerrier héroïque (courage, honneur, disponibilité au sacrifice, mépris du danger, etc.), et, d'un autre côté, la typologie du bureaucrate discipliné et rationnellement calculateur. Comme cela a été bien observé, «les valeurs héroïques et guerrières, aristocrates et anarchiques doivent coexister avec les valeurs de la discipline rigide, du calcul rationnel, de l'ordre, de l'économicité, qui sont les valeurs typiques de la société bureaucratisée; et cette cohabitation n'est pas facile. Les valeurs de la première catégorie fournissent au militaire son auto-image spécifique, qui le distinguent du reste de la société et en alimente les particularités. Elles lui rappellent que sa catégorie est la seule catégorie de professionnels auxquels la société va jusqu'à demander, en cas de nécessité, le sacrifice de la vie».

Ces dimensions différentes, et sous certains aspects contradictoires, de l'organisation et de l'éthique militaires finissent par influencer le droit pénal militaire traditionnel dans une direction dérogatoire au droit pénal commun d'un double point de vue. À savoir que la rationalité pénale risque, d'un côté, de se réduire à un paradigme disciplinaire, dans la mesure où le délit militaire tend souvent à se superposer ou à se situer dans un rapport de contiguïté très étroite avec la violation disciplinaire (en ce sens, le droit pénal se bureaucratise, il devient un instrument de support du fonctionnement de l'institution militaire en tant que prototype d'organisation complexe). Tandis que la rationalité pénale risque, d'un autre côté, d'être forcée et dénaturée par la logique d'exception qui préside, dans les contextes de guerre, à la situation-clé du combat. Ce n'est pas un hasard si le droit pénal de guerre, en plus de punir des comportements contraires à l'archétype du soldat fidèle et courageux, prévoit à la fois des mesures de faveur tendant à exciter la valeur des

combattants et d'autres mesures tendant à faire concourir la réglementation pénale elle-même à l'issue favorable du conflit et à l'obtention de la victoire.

De tout ce qui précède découlent certaines conséquences, qui sont d'ailleurs liées entre elles, et que nous essayons de résumer. Premièrement, une tendance à la subjectivisation du délit militaire dans l'économie duquel la spécialité du Tätertyp a un poids déterminant dans la mesure où elle aggrave ou atténue le traitement punitif. Deuxièmement, un rapport de contigüité étroite entre le délit militaire et l'infraction disciplinaire et, en même temps, une certaine confusion entre la dimension juridico-pénale et la dimension éthique, en particulier sous l'aspect de la traditionnelle éthique militaire. Troisièmement, une orientation consécutive du traitement punitif incline à tenir compte de la qualité spécifique de l'auteur et à promouvoir une rééducation elle aussi orientée, au moins en partie, par des exigences et des valeurs militaires.

C. Qu'est-il susceptible de survivre de cette organisation traditionnelle?

Avant tout, le cadre politico-institutionnel de fond a profondément changé par rapport au passé: comme l'a affirmé à plusieurs reprises, par exemple, la Cour constitutionnelle italienne, dans les systèmes contemporains libéraux et démocratiques, l'ordre militaire ne peut plus revendiquer une forme d'autonomie et de séparation institutionnelle, mais il doit être ramené «dans les limites de l'ordre étatique général» (Cour constitutionnelle n° 332/2000). Il en découle que même le droit pénal militaire ne peut se réclamer d'un secteur étranger tant aux principes constitutionnels qu'aux principes généraux du droit pénal (en particulier s'ils sont, à leur tour, de rang constitutionnel) (Cour constitutionnelle, n° 78/1989).

Mais, par rapport au passé, la crise du concept classique de guerre a aussi changé les fonctions des forces armées, tandis que, dans le même temps, certains fondements de l'éthique militaire d'ascendance castale et aristocratique ont été confrontés à un processus d'obsolescence. Les oxymoriques «soldats de la paix» d'aujourd'hui correspondent toujours moins au modèle du combattant intrépide et imprégné de l'éthique du devoir. Les transformations sociologiques qui se manifestent dans la société militaire n'ont pas seulement entraîné le passage d'un modèle «héroïque» à un modèle «technocratique». Les objectifs larges et hétérogènes assignés aux opérations militaires pour la paix font que les soldats revêtent aujourd'hui une identité multiple et métissée, qui en fait non seulement des hommes d'armes, mais aussi «des gendarmes, des éducateurs, des travailleurs sociaux et des bons samaritains».

Un tel changement à la fois politique, culturel et sociologique a déjà amené à la réforme, dans certains ordres juridiques, dans le sens d'une professionnalisation accentuée de l'activité militaire, avec l'abolition qui en découle du service militaire obligatoire.

Donc, ces changements politico-institutionnels et ces transformations sociologiques sont tels qu'ils peuvent vraisemblablement avoir aussi une incidence en profondeur sur la mesure de la spécialité que le droit pénal militaire peut prétendre conserver.

II.

A. Essayons d'examiner en des termes contemporains le problème de la définition du délit militaire quant à son contenu: de quoi découle sa spécialité ?

Face à cette interrogation, le pénaliste contemporain est tenu de traduire l'approche originelle basée sur la spécialité des devoirs violés par le lexique de la théorie du bien juridique. Mais dans la réalisation de ce changement de paradigme, il faut prendre garde au risque d'un simple changement d'étiquettes. De la théorie du bien juridique, il faudrait surtout privilégier la fonction critique, pour éviter que la redéfinition formelle en «bien» de ce que la doctrine plus ancienne définissait comme «devoir» n'ait au final l'effet quasi automatique de relégitimer une bonne part du droit pénal militaire transcrit dans les législations historiques dès le début du dix-neuvième siècle.

En réalité, cette exigence d'examen critique existe aussi bien par rapport aux formes de délit que la tradition législative et doctrinale transmet avec l'étiquette de «délits exclusivement militaires» (c'est-à-dire qui ne sont pas pris en compte par la législation pénale ordinaire, comme par exemple la violation de consigne) que par rapport aux délits qui ne sont pas exclusivement militaires, mais sont pour ainsi dire à «plurioffensivité hétérogène» et sont militarisés sur la base d'une évaluation discrétionnaire du législateur (par exemple, le délit d'insubordination qui porte atteinte au bien de l'intégrité physique mais viole aussi le devoir militaire de l'obéissance hiérarchique).

Donc, comment mesurer, dans l'économie d'ensemble d'un même délit, le poids respectif de l'atteinte commune et de l'atteinte militaire ? Il est indubitable qu'à cet égard, les marges d'évaluation discrétionnaire sont assez grandes. Pour conjurer l'arbitraire dans le choix de placer un délit déterminé dans le champ de compétence du pénal commun ou dans celui du pénal militaire, et l'arbitraire dans la définition du traitement punitif correspondant, une Cour constitutionnelle comme la Cour italienne, par exemple, recommande au législateur d'appliquer le critère du caractère raisonnable (par exemple, Cour constitutionnelle n° 298/1995). Mais le problème devient alors celui de savoir quand l'option normative de militariser un délit déterminé est-elle réellement rationnelle ou raisonnable du point de vue de la politique criminelle ?

La réponse à une telle question, si elle implique une approche critique actualisée, ne peut certes se contenter des indications qui proviennent de l'expérience historico-positive et de l'étude comparée des différentes législations. Tout d'abord, il en

émerge des tendances assez hétérogènes: tandis que certaines législations prévoient une législation sobre et agile centrée sur les délits militaires classiques (à savoir les délits contre la discipline et le service), d'autres contiennent des listes plus longues et parfois confuses de délits, jusqu'à conférer un chrême de militarité à des délits privés d'une identité militaire bien claire (comme exemples paradigmatiques de ces deux orientations, on peut citer, d'un côté, la Wehrstrafgesetz de l'ordre juridique allemand, et, de l'autre, le code pénal militaire italien). La justification de cette conversion est le plus souvent à identifier dans la qualification militaire de l'auteur et/ou dans d'autres circonstances considérées comme «critères de rattachement» du fait commis à un intérêt militaire (par exemple, commission du fait dans un environnement militaire, ou contre un autre militaire, ou aux dépens de l'administration militaire, etc.). En fait, l'utilisation de critères de ce type remonte déjà à certaines codifications militaires du dix-neuvième siècle et c'est cette tradition qui continue vraisemblablement à en accréditer le caractère plausible en matière de politique criminelle jusqu'à nos jours. Mais le fait que la doctrine spécialisée (essentiellement constituée, du moins dans le contexte italien, par des magistrats militaires) n'ait pas encore manifesté de réserves critiques significatives à cet égard peut aussi s'expliquer – peut-être – par une autre raison plus pratique que théorique: l'utilisation des critères de rattachement susmentionnés entraîne, en effet, un élargissement sensible des faits criminels candidats à la militarisation, avec pour effet d'accroître la compétence et donc l'importance du rôle des tribunaux militaires (là où, évidemment, ces derniers continuent à être des institutions judiciaires différenciées).

A.1. Avant de développer les possibles remarques critiques relatives au bien-fondé réel des critères étudiés (v. *infra*, par. 4.2.), il est opportun de s'arrêter quelque peu sur ces types de délits qui exhibent traditionnellement une physionomie militaire plus définie, comme dans le cas paradigmatique des délits contre la discipline et le service.

En admettant que la discipline et le service puissent être qualifiés de «biens juridiques» au sens propre, et non rhétorique, il reste à se demander quel type de biens ils sont. Il ne s'agit certes pas de biens concrets et saisissables, mais de biens de caractère normativo-institutionnel et à large spectre. Ce qui affaiblit le potentiel d'atteinte d'une conduite isolée constitutive de délit, puisqu'il est fondamentalement circonscrit dans les limites d'une mise en danger abstraite, avec pour conséquence une parenté étroite entre le délit et l'infraction disciplinaire pure. De sorte que se pose de nouveau le problème politico-criminel d'une *actio finium regundorum* prudente et crédible entre la sphère pénale et la sphère administrativo-disciplinaire; problème que certaines législations, comme par exemple la législation allemande, ont résolu en faisant dépendre le caractère punissable, dans certains cas, du fait que la conduite violant la discipline ou le service produit des conséquences dommageables

ou concrètement dangereuses (pour la sécurité, l'efficacité des troupes, l'intégrité physique d'un homme ou pour des choses d'une valeur importante).

Ce remède peut sans aucun doute être partagé, sur le plan des principes, dans le but – précisément – de souligner le sérieux de la violation entraînée par le délit. Mais un inconvénient d'ordre pratique et probatoire demeure: il ne sera pas toujours facile de prouver que des conséquences dommageables ou effectivement dangereuses pour des biens ou des intérêts à large spectre comme la sécurité ou l'efficacité des troupes découlent de conduites isolées ayant transgressé la discipline ou de dysfonctionnements du service.

Une confirmation irréfutable de la difficile compatibilité du noyau le plus typique du droit pénal militaire avec une conception moderne du délit inspirée par le principe du préjudice nécessaire ? Mais à bien y regarder, s'il y a une compatibilité difficile, elle n'est pas due à des raisons exclusivement inhérentes aux caractéristiques particulières de la matière militaire: dans un nombre non négligeable de secteurs du droit pénal commun lui-même, qui sont caractérisés, et ce n'est pas un hasard, par la présence de biens juridiques collectifs de caractère immatériel ou institutionnel, se présente en effet la même difficulté de centrer l'incrimination de chaque conduite constitutive de l'infraction sur son aptitude à provoquer des dommages ou des dangers concrets. De ce point de vue, il n'existe donc pas de véritable spécialité structurelle typique des seuls biens juridiques militaires.

a. Mais la problématique de la spécialité du délit militaire présente d'autres aspects plus complexes par rapport à certaines hypothèses délictuelles, situées en particulier parmi les délits contre la discipline, dans lesquelles la violation de la norme disciplinaire s'accompagne de l'atteinte à un bien juridique commun pour lequel existe une protection préalable dans la législation pénale ordinaire.

Jusqu'à quel point le législateur est-il légitimé à créer une incrimination spéciale qui oriente la protection dans un sens militaire ?

Ce problème a trouvé un exemple paradigmatique, dans l'ordre pénal militaire italien, dans une question de constitutionnalité soulevée à propos de l'infraction d'insubordination. Dans la formulation normative originelle (qui remonte à 1941), cette infraction sanctionnait par la même peine (la perpétuité) le militaire qui utilisait la violence contre un supérieur – violant ainsi avant tout un devoir de subordination hiérarchique – abstraction faite du fait que l'agression ait entraîné un homicide consommé, une tentative d'homicide ou un homicide *praeterintentionnel*. De cette manière, la spécialisation de l'incrimination en matière militaire finissait par attribuer à la violation du rapport hiérarchique un poids si important qu'il annulait la différence de gravité qui, dans le code pénal commun, justifie la différenciation du traitement punitif entre le délit consommé et la tentative de délit, le délit volontaire et le délit *praeterintentionnel*.

Nivellement légitime en raison de la spécialité de la protection pénale militaire – ou nivellement illégitime car violant des principes généraux qui opposent une limite infranchissable même à l'exigence de spécialité ?

La réponse dans ce second sens, qui semble être préférable dans le moment historique actuel, correspond à l'orientation manifestée par le juge des lois italien dans une décision connue et importante de 1979. En réalité, en déclarant l'inconstitutionnalité de la norme originelle relative au délit d'insubordination, la Cour constitutionnelle n'a pas nié la possibilité pour le législateur de créer une infraction spéciale orientée dans un sens militaire; elle a stigmatisé un excès de spécialité entraîné par un excès de dérogation aux principes généraux, dans la mesure où la prévision d'un traitement punitif unique pour des conduites très différentes les unes des autres dans le droit pénal ordinaire constitue «un bouleversement de l'ordre des valeurs mises en jeu qui fait passer la discipline militaire avant (...) ce bien suprême de l'ordre constitutionnel et pénal (...) qu'est le droit à la vie» (Cour constitutionnelle n° 26/1979).

En s'appuyant sur cette décision importante, il nous semble plausible de formuler en des termes plus généraux la thèse suivante: la spécialité de la protection pénale militaire rencontre une limite infranchissable dans le respect de principes pénaux qui sont en même temps élevés au rang de principes généraux de l'ordre juridique, et cela vaut sans aucun doute pour tous les principes pénaux de rang constitutionnel.

A.2. Mais l'approche critique doit être étendue au-delà du nombre restreint des délits typiquement militaires selon la tradition. Comment caractériser et délimiter aujourd'hui un catalogue plausible de conduites illicites d'importance militaire sans s'en remettre au pur pouvoir discrétionnaire législatif ?

Face à une telle interrogation, un pénaliste contemporain – à majeure raison s'il est de *mos italicus* – cèdera à la tentation de chercher des appuis dans la Constitution.

Et il s'agit, en effet, d'une voie qui a été parcourue dans le cadre du débat théorique tourmenté qui s'est développé dans le contexte italien autour du concept de délit militaire. En nous limitant aux aspects les plus généralisables de ce débat, nous mettrons en évidence que le point de départ consiste en la prémisse que l'on puisse trouver dans la Constitution (même si ce n'est qu'implicite) un concept fondamentalement restrictif de délit militaire, qui, selon la Cour constitutionnelle italienne, devrait à son tour être «défini comme une violation de la loi placée en protection de valeurs afférentes à l'institution militaire, explicitement ou implicitement garanties par la Charte constitutionnelle» (Cour constitutionnelle n° 81/1980). Il est aisé de remarquer qu'une définition comme celle-ci, bien qu'inspirée par la préoccupation libérale, démocratique et antiautoritaire de ne pas trop dilater le champ des délits militaires, maintient de larges marges d'indétermination. Et il ne pourrait, du reste, en être autrement. Même sur le plan de la politique pénale

militaire, la référence à la Constitution ne peut servir d'instrument magique pour une détermination liée et automatique de limites et de formes de protection. L'horizon constitutionnel ne peut que délimiter le cadre axiologique de fond à l'intérieur duquel les choix de politique pénale doivent être pris; mais ce cadre de valeurs, loin d'imposer au législateur des solutions obligées, est compatible avec plusieurs modèles de réglementation pénale constitutionnellement équivalents. Et la charge du choix à adopter ne peut qu'être remise à la délibération démocratique dans les sièges politico-institutionnels compétents.

Or, bien qu'avec la conscience – ici rappelée – des limites d'efficacité d'orientation inhérentes à la théorie du bien juridique constitutionnellement orientée, vouloir prendre au sérieux une indication constitutionnelle de manière restrictive impliquerait, en réalité, une orientation plus ou moins de la teneur suivante: une conduite illicite pourra être qualifiée de délit militaire à condition que, en prenant comme horizon l'ensemble des valeurs-fin de l'institution militaire, elle lèse un intérêt militaire exclusif ou, au moins, prédominant.

Il est évident que demeure le problème de la spécification concrétisant une telle orientation générale. Le fait est que le concept même de bien ou d'intérêt militaire, non seulement est souvent intimement lié à des intérêts de caractère politico-institutionnel, mais il est aussi assez vague en lui-même. Par exemple, s'il est spécifié en des intérêts tels que le maintien de la discipline, de la cohésion et de l'efficacité des forces armées, le bon fonctionnement du service, le bon fonctionnement et le patrimoine de l'administration militaire, etc., établir si et quand un fait déterminé peut avoir une incidence significative sur l'un des biens susmentionnés, en plus ou en complément d'un bien non militaire, est une évaluation qui peut facilement devenir discutable.

Mais tout cela n'exclut pas que demeure la possibilité de distinguer, en principe, entre des conceptions plus restrictives et des conceptions plus extensives de délit militaire et, en conséquence, entre des modèles de législation respectivement orientés dans les deux sens.

A titre d'exemple, citons précisément le cas italien comme emblématique d'une tendance persistante plus extensive que restrictive. En plus des choix originels de protection contenus dans les deux codes pénaux militaires de 1941, on trouve des traces de cette tendance si l'on prend en considération les lignes ayant inspiré certains projets de réforme successifs (restés au stade de projet), mais aussi une réforme effective récente (occasionnée en 2002 par l'exigence de rajeunir la réglementation pénale militaire dans le but de la rendre plus adaptée aux exigences de protection liées aux missions militaires à l'étranger avec une participation italienne).

En bref, la position de fond adoptée peut être ainsi résumée: on tend à transformer en des délits militaires une bonne part des délits communs prévus dans les secteurs les plus importants du code pénal (sécurité de l'Etat et ordre public, administration

publique, administration de la justice, confiance publique, sécurité publique, etc.), à condition qu'ils soient commis par un sujet militaire et que soient aussi présentes – comme critères de rattachement à un intérêt militaire – des modalités déterminées de conduite, de lieu, de sujet passif, tels que l'abus de pouvoir ou la violation de devoirs militaires, la commission du fait dans un lieu militaire ou au détriment du service ou de l'administration militaire.

A bien y regarder, un tel modèle de réglementation, qui utilise la technique du renvoi aux incriminations de la législation pénale commune, favorise une large homogénéisation des contenus entre le système pénal militaire et le système pénal ordinaire. Et ce processus de rapprochement peut apparaître très opportun si l'on considère que les tâches assignées aux «soldats de la paix» des missions internationales peuvent entraîner des exigences de protection pénale qui transcendent l'enceinte traditionnelle et circonscrite des délits militaires au sens strict. Si cela est vrai, il n'en reste pas moins à se demander quelle est la raison principale d'une option de militarisation si poussée qu'elle rend l'identité militaire de la conduite illicite très labile. Vraisemblablement, il s'agit, une fois encore, de la préoccupation, plus politico-institutionnelle qu'«endopénale», non seulement de maintenir en vie les tribunaux militaires, mais aussi d'en exalter la dignité et le rôle pratique. En effet, du strict point de vue du droit pénal de fond, le bien-fondé des critères de rattachement justifiant la conversion en délit militaire est plus supposé que démontré. Par exemple, prenons le critère de la commission du fait dans «un lieu militaire»: il est permis de considérer qu'il s'agit d'une raison de connexion trop extrinsèque pour être seule suffisante à refléter, aux fins de la qualification normative d'un fait déterminé comme délit militaire, l'implication non marginale d'intérêts militaires. Ce n'est pas un hasard si cette insuffisance a aussi été relevée par la Cour constitutionnelle dans le cadre d'une autre déclaration d'inconstitutionnalité relative, cette fois, à l'infraction, pourtant réformée, d'insubordination. En quelques mots, la Cour a exclu que, quand la conduite agressive insubordonnée est due à des causes étrangères à la discipline ou au service, sa réalisation dans un environnement militaire puisse suffire à en maintenir le caractère de délit spécial; selon la Cour, en effet, le lieu de consommation est un critère «totalement extrinsèque au domaine des intérêts militaires relatifs à la protection du service et de la discipline» (Cour constitutionnelle n° 45/1992).

Mais il faudrait, en réalité, un examen critique approfondi, étendu à tous les indices de possible violation militaire que nous avons mentionnés ci-dessus, lesquels, bien que d'une tradition remontant au dix-neuvième siècle, ont continué, non sans inertie et viscosité, à avoir une importance tant en matière législative que doctrinale jusqu'à nos jours. Pour prendre encore un exemple, considérons l'autre critère de rattachement constitué par la commission du fait (intégrant en soi un délit commun) par abus de pouvoir ou violation de devoirs militaires: de cette manière, on présente

un concept d'importance militaire plus orienté vers la perspective subjective de l'abus de qualité ou de la violation de devoirs spéciaux, que vers le caractère objectivement militaire du bien atteint. De même, suffit-il qu'un délit contre l'administration publique porte atteinte spécifiquement à l'administration militaire pour qu'il soit transféré à la compétence du tribunal militaire ? Il s'agit, comme on s'en aperçoit aisément, d'évaluations de politique criminelle qui, dans une optique objectiviste ancrée aux caractéristiques des biens juridiques lésés, apparaissent très discutables.

A.3. Une autre indication de fond que l'on peut déduire de la perspective constitutionnelle se réfère aux valeurs-limite, c'est-à-dire à cet ensemble de biens juridiques et de droits fondamentaux de caractère personnel qu'une discipline militaire compatible avec un ordre démocratique ne doit comprimer que dans les limites du strict nécessaire.

Il en découlerait l'exigence de considérer comme des délits militaires des formes d'abus d'autorité ou du grade de la part des supérieurs au détriment des inférieurs, qui se traduiraient en des mauvais traitements, des traitements humiliants, des vexations et autres: il s'agit de conduites barbares de prévarication, d'autant plus intolérables qu'elles se produisent dans des contextes de vie associative – tel que le contexte militaire – gouvernés par des exigences accentuées d'ordre et de discipline.

Un récent projet de réforme législative se charge de l'exigence d'introduire de nouvelles incriminations destinées à réprimer des formes d'abus, dans un environnement militaire qui pourraient être rattachés – si l'on veut – au paradigme moderne du mobbing.

A.4. Il faut maintenant se demander si les considérations faites jusque là sur la spécialité des biens juridiques militaires équivalent à justifier une autonomie persistante du droit pénal militaire en tant que sous-système différencié qu'il faut continuer à transcrire dans un code ou dans un texte normatif spécifique.

Au-delà des considérations ultérieures que nous développerons par la suite (avec une référence plus particulière au très problématique droit pénal de guerre), une réponse à l'interrogation qui précède ne peut que déboucher sur une forte réorganisation de ces exigences de spécialité qui étaient, jusqu'à un passé récent, emphatisées avec une certaine rhétorique. En effet, en regardant les choses dans l'optique dominante du droit pénal de fond, la spécificité des biens d'importance militaire, si elle est considérée comme le reflet de leurs caractéristiques qualitatives particulières, n'apparaît plus marquée au point de les caractériser comme un unicum par rapport à des biens communs protégés par le code; parmi ces derniers, considérons, par exemple, des biens tout aussi institutionnels et à large spectre que la sécurité de l'Etat, l'administration publique, l'administration de la justice, etc. Et si l'on insistait malgré tout à considérer que les biens militaires exhibent un degré

de spécificité plus grand par rapport aux biens traditionnellement protégés dans le code, il s'agirait toutefois d'une spécificité qualitative fondamentalement semblable à celle qui caractérise aujourd'hui d'autres secteurs du droit pénal annexe. En somme, les biens militaires ne pourraient plus prétendre à une autonomie génétique et identitaire enracinée dans une séparation institutionnelle originelle de l'ordre militaire. Ce dernier étant devenu depuis longtemps partie intégrante des ordres démocratico-constitutionnels modernes, le seul sens possible de la spécialité de la protection pénale militaire en terme de contenu ne peut être que celui-ci: «En définitive, la loi pénale militaire ne peut être entendue autrement que comme la loi pénale spéciale en matière militaire, de même qu'est prévue une loi spéciale en matière d'environnement ou en matière financière, et ainsi de suite».

III.

A. Les questions les plus complexes concernent sans aucun doute le droit pénal militaire de guerre, auquel certains ordres juridiques, comme, par exemple, l'ordre juridique italien, réservent une codification ad hoc, distincte de celle contenant les lois pénales militaires de paix.

Les difficultés pour affronter ce sujet sont de nature différente: d'un côté, elles sont liées aux transformations subies par le concept classique de guerre élaboré dans le cadre du jus publicum europaeum; d'un autre côté, elles sont liées à la crise qui en découle de la distinction traditionnelle entre paix et guerre. Dans le scénario international contemporain, les deux moments tendent en réalité à coexister sous une forme hybride: le cadre général est, en effet, caractérisé par l'explosion fréquente de conflits «pré-modernes» à l'intérieur d'Etats faibles, et par l'intervention «postmoderne» de la communauté internationale ou de coalitions multinationales craignant d'être contaminées par l'instabilité, et pour cette raison soucieuses de rétablir l'ordre et la paix.

S'il s'agit là de données réelles qu'il faut prendre en compte, c'est aussi un fait que la réflexion pénaliste au niveau théorique a jusqu'à présent négligé le droit pénal de guerre. Mais l'absence d'une exploration de la matière selon des critères modernes, «l'embarrassante réticence à proposer» ne peuvent tellement surprendre; elles sont vraisemblablement la conséquence, pour une part, d'une résistance idéologique de la culture pénaliste contemporaine à se confronter sans hypocrisie et pudeur aux problèmes que les conflits guerriers posent au droit pénal et, d'autre part, de la difficulté objective d'actualiser la position théorique face aux changements phénoménologiques en partie encore fluides.

C'est pourquoi la doctrine s'avère peu préparée face à une question qui s'est posée à plusieurs reprises aux cours des années les plus récentes: quel modèle de droit pénal appliquer dans le cadre des missions militaires à l'étranger ? En comparant divers

ordres juridiques, on observe une singularité qui mérite peut-être d'être signalée. Sachant que dans le panorama des ordres juridiques contemporains existe une variété notable de modèles de droit pénal militaire, presque tous les Etats européens ont étendu aux militaires en mission hors des frontières nationales l'applicabilité de la législation pénale en temps de paix, alors qu'en Italie s'est manifestée une orientation contradictoire: à l'occasion de la participation italienne à l'intervention militaire «Enduring Freedom» en Afghanistan, le gouvernement et le parlement ont décidé, en 2001/2002, l'applicabilité du code pénal de guerre (même si elle a été décidée avec l'introduction contextuelle de modifications et d'innovations normatives tendant à l'intégrer, l'actualiser et l'épurer des aspects les plus autoritaires certainement incompatibles avec la Constitution); en revanche, en 2006, on a assisté à un revirement, avec un retour à l'application du code pénal de paix dans toutes les missions internationales, y compris celles en Afghanistan et en Irak.

De telles oscillations dans un contexte comme le contexte italien, plus que le reflet d'une révision approfondie et progressive de critères de politique criminelle militaire, reflètent des préoccupations politico-symboliques de portée plus générale, liées à l'attitude différente des forces de centre-droit et de centre-gauche, qui se sont alternées au gouvernement, par rapport à l'opportunité politique de définir en termes de «guerre» les conflits qui occasionnent les actuelles missions militaires à l'étranger.

B. La tendance à un usage politico-instrumental de qualifier de «guerre» certains phénomènes conflictuels typiques de notre temps s'est manifestée avec une toute autre intensité et avec des effets d'une toute autre portée dans le contexte états-unien. Nous faisons, bien entendu, allusion à la campagne antiterroriste décidée par le président Bush, et bien vite qualifiée de «guerre» contre le terrorisme, suite à la monstrueuse attaque des tours jumelles de New York le 11 septembre 2001.

Cette attaque, en raison de ses caractéristiques inédites, devait-elle être interprétée comme une agression criminelle, comme une action de guerre ou des deux manières? Choisir parmi ces possibles paradigmes interprétatifs n'est certes pas une option techniquement neutre, puisqu'il en découle des effets pratiques d'un grand poids. Une qualification du tragique attentat en termes de crime, même s'il est d'une extrême gravité, aurait entraîné une réaction de type policier-judiciaire, même si elle aurait dû se déployer dans un scénario international. Au contraire, en étiquetant l'attentat comme étant un acte de guerre, les conditions psychologiques (si ce n'est juridiques) ont été créées pour réagir par une «guerre contraire», ou tout moins pour transformer une action de police en une forme guerrière. Et ce changement ou ce mélange de catégories définitoires, grâce à un jeu ambigu d'équivalences entre paradigme pénal et paradigme militaire, permet de tendre – entre autres – vers cet important objectif pratique: développer une stratégie antiterroriste d'autant plus efficace (au moins dans ses intentions) qu'elle

s'affranchit des règles et des contraintes de garanties qui auraient été imposées autrement par le recours normal aux instruments répressifs de caractère judiciaire.

L'option guerrière privilégiée par Bush a, ainsi, trouvé sa légitimation substantielle non pas dans les normes de droit international qui, à la rigueur, ne l'auraient pas permise, mais comme réponse à un crime, comme réaction punitive. Cette sorte d'équivalence fonctionnelle entre guerre et punition a, du reste, eu comme effet de renforcer certaines tendances vers (pour ainsi dire) la «militarisation du droit pénal» – à comprendre (dans un sens atechnique) comme un usage belligérant contre de nouvelles figures d'ennemis de la société, en réalité déjà présents depuis quelque temps dans le climat d'alarme qui se respire aussi dans les pays occidentaux les plus évolués et dont est témoin la fameuse théorisation du droit pénal de l'ennemi de Jakobs. Et, en effet, après avoir bombardé bien vite l'Afghanistan pour écraser les talibans, le gouvernement Bush déclarait une seconde guerre grâce à l'approbation sollicitée de nouvelles lois exceptionnelles susceptibles de créer un modèle de droit pénal de l'ennemi vraiment exaspéré: un droit pénal non seulement du soupçon et de la détention provisoire sur le modèle de Guantanamo; mais surtout un droit pénal doublement «militarisé» puisqu'il a été attribué à la compétence de nouvelles «Commissions militaires» instituées par un décret présidentiel dans le but d'exercer une répression plus efficace et, surtout, plus libre des garanties classiques de protection des droits fondamentaux individuels. Un nouveau système de justice pénale militaire, donc, créé spécialement pour poursuivre et isoler, dans des prisons spéciales, les présumés terroristes (de nationalité étrangère!), classés, et ce n'est pas un hasard, sous l'étiquette de «combattants ennemis» ou de «combattants illégaux», qualification pensée pour éviter de les considérer comme des prisonniers de guerre et de leur appliquer, en conséquence, les garanties prévues par les Conventions de Genève et toutes les autres garanties assurées à toute personne accusée d'un délit.

C'est cette expérience états-unienne qui a donné vie à la forme de manifestation la plus récente d'une législation pénale militaire de guerre, mais il est certain qu'il ne s'agit pas d'un modèle digne d'être généralisé. Au contraire, des signes préoccupants émergent de cette situation: en présence de circonstances d'une exceptionnelle intensité dramatique, même un ordre juridique de grande tradition et inspiration démocratique peut céder à la vieille tentation d'exploiter la spécialité d'un nouveau droit pénal militaire de guerre dans le but de donner une justification formelle au contournement du système des garanties libérales. Mais il ne semble pas, cette fois encore, que les avantages pratiques obtenus compensent le prix très élevé de cette politique criminelle tapageusement contraire aux principes d'un ordre démocratique. Nous faisons allusion à la vraisemblable perte de confiance des citoyens américains et étrangers à l'égard de la légitimité et de la moralité des mesures répressives adoptées au nom de la paix et, en conséquence, à l'égard du caractère démocratique du système politique dans son ensemble.

C. La réflexion théorique sur l'espace qui peut aujourd'hui être assigné à un droit pénal de guerre plausible devrait, donc, être développée à l'abri de tentations autoritaires anciennes ou nouvelles.

Il est impossible de renoncer à un angle perspectif préliminaire orienté vers les morphologies de la guerre en cours sur l'échiquier mondial. S'agit-il de formes de guerre authentique ou est-il préférable de parler – comme on tend déjà à le faire dans le langage normatif contemporain (cf. par exemple, dans l'ordre juridique italien, la loi n° 15/2002) – de «conflits armés»? Si l'on préfère cette dernière expression dans le but de préciser que la législation de guerre peut aussi être appliquée en l'absence d'une déclaration préalable et formelle de l'état de guerre, selon les procédures appropriées constitutionnellement réglementées, la question est lexicale et juridico-constitutionnelle, plus que substantielle.

D'autre part, la philosophie politique contemporaine prouve que quelque chose d'équivalent à la réalité de la guerre existe encore aujourd'hui; dans ce cadre, en effet, tandis que quelques chercheurs analysent les problématiques de la guerre juste en relation avec l'actualité la plus crue, d'autres dissertent sur les différentes typologies de la guerre postmoderne. On peut donc utiliser le terme de guerre sans crainte de sembler désuet ou «politiquement incorrect»; les vrais problèmes, comme toujours, se situent au-delà des préférences terminologiques ou purement idéologiques.

Quel modèle de droit pénal de guerre aujourd'hui? Un droit pénal militaire de guerre distinct d'un droit pénal de paix est-il encore plausible?

Pour répondre à cette interrogation, nous devrions d'abord clarifier les possibles fonctions de protection d'un droit pénal de guerre aujourd'hui. Mission qui n'est certes pas simple, précisément à cause de l'obsolescence des fondements substantiels des traditions normatives de guerre, ou tout au moins de certains d'entre eux.

Dans la tentative d'élaborer des éléments de réflexion actualisée, il est peut-être opportun d'avancer une distinction entre deux possibles perspectives de fond: a) d'un côté, une perspective d'intervention pénale tendant à assurer ou à renforcer le fonctionnement et l'efficacité opérationnelle de la machine de guerre en rapport avec les objectifs politico-militaires à poursuivre; b) d'un autre côté, une perspective de protection opposée à la précédente, tendant – pour ainsi dire – à civiliser le conflit armé, c'est-à-dire à l'humaniser grâce (aussi) au contrôle pénal des conditions et des limites de l'usage de la violence. En d'autres termes, d'une part une contribution à la réalisation du résultat militaire; de l'autre, un frein de garantie pour éviter un emploi excessif de la force (afin de minimiser les dommages collatéraux en termes de pertes humaines et de violation des droits fondamentaux).

C.1. Préciser la première perspective de protection n'est pas facile. Quels types de conduites punir (ou continuer à punir) en tant qu'entraves à une conduite efficace des opérations de guerre?

Il est plus aisé de commencer à fournir une réponse à cette interrogation en des termes négatifs plutôt que positifs. Dans le sens où il me semblerait difficile de proposer, aujourd'hui, ce vieux noyau du droit pénal militaire de guerre (dont existent des exemples emblématiques dans le code pénal militaire de guerre italien encore en vigueur) qui sanctionnait des conduites symptomatiques d'un courage insuffisant, de couardise ou d'un faible sens de l'honneur militaire, parce que constituant des entraves à l'objectif de la victoire et contraires à une éthique militaire prétentieuse, voire héroïque: par exemple, le fait de renoncer à attaquer, de se rendre face à l'ennemi ou de ne pas suivre l'ennemi battu, etc. Quelle crédibilité pourrait avoir un droit pénal de guerre qui prétendrait continuer à punir la violation d'obligations à être courageux ou à avoir des conduites militairement honorables ? Outre l'inactualité du modèle d'éthique militaire évoqué (à notre époque, la société militaire a depuis longtemps abandonné le modèle héroïque pour celui démocratique, et a été envahie par la diffusion en son sein de valeurs et d'attitudes psychologiques typiques de la société civile), le peu que nous savons de l'efficacité de la menace pénale est suffisant pour nous faire exclure qu'elle constituerait dans tous les cas un bon instrument pour promouvoir les vertus morales du valeureux combattant.

S'il en est ainsi, un support de type pénal pour un usage de la force efficace devient plus plausible en déplaçant le point de vue du plan subjectif au plan objectif, dans le sens de faire référence, précisément, à de possibles préjudices liés aux modalités objectives de réalisation des activités de service de guerre. Mais à bien y regarder, cela équivaut à centrer l'optique sur le bon fonctionnement des services, vus cette fois dans une projection dynamique et opérationnelle plus proche du gouvernement de la violence armée; de ce point de vue, peuvent apparaître susceptibles de sanction pénale des formes de conduite qui violent des règles techniques d'adaptation et d'efficacité dans l'organisation et/ou dans l'exécution de prestations de service qui impliquent le recours à la force, mettant ainsi en danger la réussite des opérations.

Quant à l'identification des règles de conduite à adopter dans la gestion des conflits armés, dans la pratique militaire actuelle – comme on le sait – lesdites règles d'engagement, c'est-à-dire les lignes de conduite ou les instructions élaborées dans le cadre de directives politiques que les commandants sont tenus d'observer pour décider quand, comment et dans quelle mesure recourir à l'usage de la violence, jouent un rôle déterminant. Mais il n'y a pas besoin de beaucoup de mots pour expliquer pourquoi l'idée d'attribuer une signification pénale automatique à la transgression de telles règles ne serait pas souhaitable. Au-delà de leur source normative infra-législative, qui soulève dans les ordres juridiques de civil law de sérieux problèmes de compatibilité avec le principe de la réserve de la loi au sens formel, le point essentiel est le suivant: les règles d'engagement, en plus d'être génériques, changeantes et flexibles, reflètent des exigences et des finalités si

hétérogènes, qu'une élévation aveugle de toute conduite contraire au rang de délit apparaîtrait disproportionnée par excès, ou tout au moins peu justifiée. Une analyse rigoureuse de politique criminelle serait plutôt nécessaire pour vérifier si, à travers l'expérience des nombreuses missions réalisées jusqu'à présent, un noyau dur et stable de lignes de conduite de base pour la gestion du conflit guerrier, susceptibles de se traduire en paramètres utilisables dans le but de la création éventuelle d'incriminations actualisées, s'est déjà consolidé.

Dans cette perspective, les règles d'engagement, tendant non seulement à assurer la réussite d'ensemble des opérations en conformité avec les objectifs politico-militaires fixés, mais aussi à obtenir le résultat avec la plus petite dépense possible de ressources matérielles et, surtout, humaines, apparaissent d'une importance tout autre que secondaire. De ce point de vue, l'objectif de minimiser les pertes (pas seulement parmi les militaires) finirait par avoir une incidence sur l'évaluation même de la fonctionnalité des services de guerre lato sensu; c'est pourquoi au nombre des règles techniques à observer s'ajouteraient aussi des mesures de précaution tendant à protéger la vie et l'intégrité des soldats. Une perspective de modernisation du droit pénal de guerre pourrait peut-être alors consister en l'étude de nouvelles figures de délit d'imprudence ou de délits formels (*reati di pericolo astratto*) (compte tenu du rang élevé des biens à protéger), centrées sur la violation grave de mesures préventives tendant à élever les standards de sécurité personnelle; mesures à concevoir et à élaborer, bien entendu, avec une approche technico-scientifique adaptée à la complexité technologique croissante des instruments guerriers sophistiqués d'aujourd'hui. Ainsi pourrait se profiler un horizon de réflexion de politique criminelle qui n'est pas suffisamment exploré dans l'univers varié de la responsabilité par imprudence et dans celui de la responsabilité pour risque, puisque ce sont d'autres secteurs qui ont jusqu'à présent été objet d'une attention privilégiée (responsabilité médicale, accidents du travail, exposition à des activités professionnelles dangereuses, etc.). Il serait facile d'observer, dans l'espoir qu'une telle lacune soit comblée, que l'activité militaire avec usage de la violence représente elle aussi une activité intrinsèquement dangereuse, voire l'activité la plus dangereuse dans l'absolu, et mériterait en tant que telle l'ouverture d'un nouveau chapitre dans le cadre de la réflexion pénaliste de la seconde modernité.

Nous sommes, par ailleurs, conscients des nombreuses difficultés que les scénarios typiques des conflits armés, caractérisés aussi par une instabilité imprévisible, peuvent opposer à la prédétermination *ex ante* de règles conservatoires précises et bien rodées, à la mise en évidence d'agents-modèle plausibles et à la prédisposition de positions de garantie compatibles avec les particularités structurelles des modèles d'organisation militaire. L'organisation militaire est, en effet, elle aussi complexe; elle l'est même dans un sens prototypique, puisque se développe en son sein un agir collectif qui ne peut être rattaché à la logique d'actions individuelles déterminées.

D'autres aspects problématiques d'ordre empirico-criminologique resteraient à approfondir pour vérifier si l'observation rigoureuse de règles préventives et de mesures de sécurité peut être exigée psychologiquement dans les contextes situationnels sujets aux dynamiques du combat, et si, dans ces contextes, la menace de sanctions pénales peu élevées (puisqu'elles devraient être maintenues dans les limites proportionnées à l'absence de volonté de porter atteinte au bien juridique) pourrait avoir une fonction de dissuasion et d'orientation. Il s'agit, en effet, de situations de danger extrême pour la vie, qui provoquent au cours des combats de très fortes tensions émotionnelles, du stress et souvent des crises de nerfs, de sorte que le combat condense tous les facteurs psychologiques qui peuvent affaiblir, dans une situation sociale, la capacité personnelle d'autocontrôle. Il faudrait tenir compte de tout cela, de manière réaliste, chaque fois que l'emploi possible des ressources pénales dans les contextes de guerre est en discussion.

C.2. Avec ces dernières considérations, les distances entre la perspective d'une protection pénale en support de la réussite des opérations de guerre et la perspective opposée tendant à introduire des limites garantissant les droits fondamentaux de l'homme – une perspective que nous avons auparavant définie de civilisation ou d'humanisation du conflit armé, tendant à soumettre (aussi) à un contrôle pénal le recours abusif à la violence guerrière – se sont réduites.

Il s'agit, du reste, d'un horizon de protection pénale qui n'est absolument pas inédit, puisque c'est celui qui inspire depuis longtemps le droit humanitaire de la guerre, qui a – comme on le sait – son origine dans les Conventions internationales et qui a été transposé peu à peu dans les différents ordres juridiques nationaux. Nous faisons ici allusion, bien évidemment, aux normes pénales qui concernent les crimes de guerre, consistant en la violation du jus in bello, c'est-à-dire des règles et des limites à observer dans l'exercice de la violence de manière à contenir les souffrances humaines causées par les conflits armés.

Aujourd'hui, compte tenu du principe de complémentarité qui préside notoirement aux rapports entre la Cour pénale internationale et les juridictions nationales, les Etats intéressés sont tenus d'adapter la réglementation nationale des crimes de guerre à celle prévue sur le plan international par le Statut de Rome. Ce processus d'adaptation, déjà initié ou conclu dans certains ordres juridiques, doit encore être réalisé dans d'autres.

Mais bien que le droit humanitaire de la guerre ait un rapport étroit avec le droit pénal militaire, l'analyse comparée montre que ce rapport n'est pas considéré en soi comme décisif pour le choix relatif à l'emplacement systématique des crimes de guerre dans la législation pénale spécifiquement militaire ou dans la législation pénale commune (dans ou hors du code). Par exemple, les crimes de guerre en Finlande sont prévus (avec les crimes contre l'humanité et le génocide) dans le code

pénal commun, alors qu'ils sont insérés en Allemagne dans le récent code autonome des délits contre le droit international, et qu'ils sont situés en Italie, depuis 1941, dans le code pénal militaire de guerre (avec l'appellation de «délits contre les lois les usages de la guerre»).

D'autre part, la possibilité d'une unification systématique dans une même source normative des crimes de guerre avec les crimes contre l'humanité et le crime de génocide repose sur la convergence de raisons de protection substantiellement analogues, qui ont toujours à voir avec le respect de valeurs élémentaires d'humanité et de dignité personnelle. De ce point de vue, plus substantiel que formel, les analogies tendent à prévaloir sur les différences, avec la conséquence que le plus grand taux de militarité des crimes de guerre peut bien passer au second plan.

IV.

A. Il reste à faire référence au versant des principes généraux de la responsabilité pénale, par rapport auxquels le processus d'homogénéisation entre la législation militaire et la législation ordinaire a sans aucun doute accompli de notables pas en avant. C'est pourquoi, sur ce versant, on peut soutenir que la spécialité militaire s'est estompée jusqu'à disparaître presque totalement.

Ce qui ne doit d'ailleurs pas nous surprendre s'il est vrai que les principes de base de la responsabilité pénale ont une valeur constitutionnelle, comme dans le cas paradigmatique du principe de culpabilité; et s'il est vrai que, dans les ordres constitutionnels contemporains, la spécialité du droit militaire rencontre une limite infranchissable dans le respect des principes fondamentaux du système juridique considéré dans son ensemble.

Des différences perceptibles sont avant tout à exclure par rapport à la manière de se présenter de l'élément moral du délit sous la forme du dol ou de la faute d'imprudence. Et la tendance à une large homogénéisation se retrouve aussi en matière d'erreur, ce qui apparaît certainement aujourd'hui sur le plan de l'interprétation, même si l'exigence originelle de certains codes pénaux militaires (comme, par exemple, le code militaire italien de 1941) était de limiter l'efficacité de l'erreur de droit en cas d'ignorance ou d'erreur impliquant les devoirs militaires spécifiques.

Large homogénéisation aussi dans le domaine des causes de justification ou d'atténuation de la responsabilité. Non seulement par rapport à la légitime défense ou à l'état de nécessité, mais aussi en ce qui concerne cette possible cause d'exclusion de la responsabilité qui, dans le cadre militaire, revêt une particulière importance, à savoir l'ordre du supérieur. Tant dans le droit pénal commun que dans le droit pénal international ou dans le droit pénal militaire, un principe analogue tend, en effet, à s'affirmer, selon lequel l'ordre peut excuser à condition que l'exécuter ne connaisse pas son illégitimité et que l'ordre ne soit pas manifestement illégal.

Enfin, quant à un autre élément, lui aussi très important en matière militaire, à savoir la responsabilité des chefs militaires (command responsibility: art. 28 Statut C.P.I.), qui croise les problématiques du concours de personnes et de la responsabilité par omission, la possibilité de la rendre compatible avec le principe de culpabilité entraîne qu'on en évite une analyse en termes de simple responsabilité objective de position. Ce qui signifie que, pour amener le commandant à répondre de l'omission d'empêchement de crimes commis par des militaires sous ses ordres, il ne serait pas suffisant de présumer que, sur la base des circonstances, «il aurait dû savoir» qu'ils étaient sur le point de commettre des actions délictueuses; il serait au moins nécessaire de démontrer une faute d'imprudence en termes de négligence réelle.

Une dernière remarque. A plus forte raison dans un horizon politico-culturel essentiellement hostile à la légitimité de principe de la guerre – et pour cette raison favorable au renforcement, dans les limites du possible, du contrôle pénal du recours abusif à la violence – on ne devrait plus attribuer au paradigme de l'exceptionnalité de la guerre le rôle de critère normativement reconnu de légitimation possible d'actes excessifs d'agression: ladite «nécessité de la guerre» ou les «suprêmes exigences de la défense», ou des clauses similaires au contenu tout aussi indéterminé, ne se prêtent pas en réalité à être élevés au rang de critères d'orientation crédibles pour distinguer entre les formes abusives et les formes justifiées de la violence guerrière. Comme cela a été bien observé, à travers des formules traditionnelles de ce type, «le droit pénal ne remplit aucune fonction ni de garantie, ni de protection de biens juridiques, de même que l'activité des organes appelés à appliquer ces paramètres ne pourrait pas se prétendre juridictionnelle. En somme, un droit pénal apparent, une présence velléitaire privée de toute efficacité».

B. Le droit pénal militaire projette-t-il sa spécialité dans la demande de peines spéciales ?

Répondre de manière affirmative était plus facile dans le passé, c'est-à-dire tant que l'on pensait que l'ordre militaire devait être autonome et différencié au sens fort, avec la conséquence que le traitement punitif lui-même finissait, en substance, par représenter une projection renforcée des sanctions disciplinaires internes. Il n'est donc pas surprenant que la doctrine spécialisée la moins récente et les législateurs de la même époque aient penché pour une différenciation marquée des sanctions applicables aux délits militaires. Et cela jusqu'au point de concevoir des modalités spéciales d'exécution même pour une sanction en elle-même rigide et peu modulable comme la peine de mort (par exemple, dans la codification militaire italienne originelle de 1941 était prévue l'honorable exécution par fusillade dans la poitrine et la mortifiante exécution par fusillade dans le dos, selon que la condamnation entraînait ou non la dégradation – c'est-à-dire la perte de la qualité de militaire; la

possibilité d'appliquer la peine de mort a, en revanche, été abolie par la loi ordinaire n° 589/1994, même pour les délits prévus par le code pénal militaire de guerre).

Si des différenciations de ce type reflètent le code d'honneur d'une éthique militaire désormais disparue, un problème substantiel d'une actualité persistante concerne le maintien ou non de la peine capitale comme sanction applicable dans le domaine du droit pénal militaire (en particulier de guerre). On sait qu'au cours des dernières années s'est manifestée, au niveau international et particulièrement européen (cf. le nouveau Protocole 13 à la Convention européenne des droits de l'homme, entré en vigueur le 1er juillet 2003), une orientation favorable à l'exclusion de la légitimité du recours à la peine de mort, même en présence de circonstances exceptionnelles comme celles en temps de guerre. Mais, au-delà des considérations de valeur déterminantes pour évaluer la légitimité, reste le problème de l'efficacité possible du châtement extrême (même si les deux profils de la légitimité et de l'efficacité interagissent dans une certaine mesure). Pour affronter un tel problème de manière non impressionniste, il faudrait disposer de recherches criminologiques spécifiques, car il ne serait pas correct de transférer automatiquement aux situations-limites typiques de la guerre les termes du débat perdurant sur la peine capitale comme sanction du droit pénal commun.

B.1. Mais le thème de la peine de mort n'est certes pas exhaustif de toute la problématique des peines militaires. La sanction pénale par excellence, la peine de détention, peut revêtir, dans le domaine militaire, des connotations particulières, comme le prouvent certaines législations encore en vigueur.

En ce sens, l'ordre juridique italien est un assez bon exemple. Il prévoit une forme spéciale de réclusion (à côté de la réclusion ordinaire), définie précisément comme réclusion militaire, dont la caractéristique la plus significative est constituée par le fait que cette peine – qui n'est applicable que dans les cas où la condamnation n'entraîne pas la dégradation – est exécutée dans des établissements de peine spécifiques, différents des établissements pénitentiaires communs. Les finalités poursuivies par la prévision d'établissements pénitentiaires séparés sont celles d'éviter que le militaire subisse le conditionnement négatif de la prison commune et, en même temps, de lui permettre une expiation de la peine dans des termes compatibles avec la discipline et l'entraînement militaire.

Dans le cadre des finalités susmentionnées, la spécialisation de la peine de détention a fini, historiquement, par ressentir et porter des exigences et des préoccupations internes au monde militaire, dans un continuum fluide entre la punition disciplinaire et la véritable peine. Et l'on comprend comment s'est ainsi profilé, à travers l'élaboration de la doctrine spécialisée, un concept de rééducation militaire comme modèle plus spécifique qui s'associe au modèle plus général de rééducation relatif au délinquant commun: «le délinquant militaire démontre qu'il est

un mauvais militaire en plus d'être un mauvais citoyen, de sorte que la rééducation à la vie sociale ne suffit pas pour sa régénération, mais qu'il faut principalement sa réhabilitation pour la structure militaire».

La légitimité de la prévision d'une réclusion militaire différenciée a été avalisée par la Cour constitutionnelle: «dans le cadre de l'intégration actuelle de l'ordre militaire à l'ordre étatique», le fondement de la réclusion militaire consisterait «en une fonctionnalisation particulière de la réclusion du condamné au devoir constitutionnel de défense de la patrie, actuel et non virtuel quand il est relié à la qualité du citoyen sous les armes» (Cour constitutionnelle n° 414/1991).

Donc, jusqu'à quel point peut-on considérer la rééducation militaire comme étant spéciale ?

Une première remarque s'impose et c'est la suivante: pour pouvoir parler d'une vraie exigence de rééducation spécifique, la condition devrait être que le coupable soit l'auteur d'un délit à l'empreinte indubitablement militaire. En revanche, plus on penche vers une politique militaire qui tend à militariser aussi des conduites illicites dont la signification militaire est discutable, plus cette exigence disparaît, ou tout au moins est réduite.

Au-delà de la remarque précédente, il reste encore à comprendre ce qui caractérise vraiment la spécialité de la rééducation militaire. Il semble permis de douter qu'il s'agisse de quelque chose de différent de la rééducation ordinaire du point de vue du contenu, en particulier dans le moment historique actuel. La diffusion d'un modèle professionnel de forces armées, en même temps que le dépassement de la conception traditionnelle principalement belligérante de leurs fonctions institutionnelles, atténue l'exigence d'une rééducation orientée vers des valeurs spécifiques présumées de l'univers militaire. S'il en est ainsi, au cas où il resterait des raisons de spécificité, on pourrait toutefois en tenir compte en insérant dans le processus rééducatif général des éléments de traitement plus directement en rapport aux exigences de la vie militaire. Avec bien entendu une limite: l'ajout éventuel d'une dimension du traitement à contenu plus spécifiquement militaire ne pourrait pas, en réalité, entraîner son imposition de manière coercitive, puisque, dans ce cas aussi, il faut respecter la personnalité et la dignité du coupable.

Une circonstance aussi incontestable que significative dépose comme nouvelle preuve de la tendance à la réduction des raisons de la diversification traditionnelle du traitement punitif: la Cour constitutionnelle italienne, elle-même, bien qu'ayant avalisé un concept spécifique de rééducation militaire, a d'un autre côté favorisé un processus d'homogénéisation croissante entre le système punitif commun et le système punitif militaire, en reconnaissant l'efficacité légitime, dans le second système, de mesures alternatives et de mesures d'aménagement de la peine à l'origine conçues pour les délits communs.

Cela étant dit, et étant entendue l'exigence de ne pas contredire les principes généraux de fond qui président aux objectifs de la peine, il faut par ailleurs considérer l'opportunité de politique criminelle de doter aussi le système pénal militaire de types de sanctions spécifiquement «modélées sur les prestations de service, ainsi que d'enrichir le bagage de causes d'extinction de la peine qui encouragent la rééducation et sensibilisent par rapport à la violation commise. Il est indubitable que, d'un côté, la vie en commun forcée et prolongée, et, d'un autre côté, la délicatesse, l'importance et le poids de la prestation militaire (...) peuvent demander une évaluation particulière du délit commis».

Il reste, enfin, à vérifier l'actualité persistante de certains éléments de réglementation spéciale traditionnellement conçus en référence plus spécifiquement aux délits commis dans des contextes de guerre ou d'opérations avec des détachements mobilisés: nous faisons ici allusion à la prévision de formes spéciales de récompenses proportionnées aux mérites obtenus ou aux sacrifices subis par le militaire combattant en raison de sa conduite de guerre; ou à la prévision de formes de renvoi des peines de détention (inférieures à une certaine limite) dans le but d'éviter que l'exécution de la peine devienne un expédient commode pour se soustraire aux risques liés aux opérations qui comportent un usage de la violence armée. Si la raison pratique du renvoi est évidente, en ce qui concerne plus particulièrement les mesures d'aménagement de la peine, il faut relever que leur justification de politique criminelle ne réside pas dans la réalisation, de la part du militaire, de conduites opposées tendant à réparer les atteintes spécifiques produites par les délits commis, mais elle s'insère bien dans une perspective plus large d'évaluation qui implique l'ensemble de son comportement. L'optique de la récompense, de ce point de vue, obéit donc à des critères d'évaluation extrinsèques par rapport aux exigences punitives relatives à un délit déterminé en termes de rétribution ou de prévention générale et spéciale. C'est le type d'auteur du soldat héroïque, ou qui sacrifie des biens personnels au nom du devoir, qui bouleverse la logique pénale normale. Est-ce un modèle de récompenses qui mérite encore d'être appliqué ?

V.

A. Qu'il nous soit permis maintenant de faire quelques remarques conclusives.

La spécialité du droit pénal militaire serait un résidu du passé s'il fallait continuer à l'entendre au sens fort, c'est-à-dire comme une caractéristique dérivant d'une présumée originalité et autonomie de l'ordre militaire, d'une présumée prédominance et/ou d'une différence ontologique des intérêts militaires, d'une nécessité indérogeable de baser la responsabilité pénale, le traitement punitif et les règles de procédure sur des critères qui dérogent de manière importante par rapport aux principes généraux du système pénal ordinaire. Mais ce modèle fort de

spécialité est contredit par l'évolution enregistrée au cours des dernières décennies, tant en général sur le plan politico-culturel et sociologique, que plus spécifiquement sur les plans constitutionnel, législatif, doctrinal et jurisprudentiel.

Le processus d'homogénéisation croissante entre système pénal ordinaire et système pénal militaire est aussi confirmé par une analyse comparée. En constitue une nouvelle preuve significative le fait que, dans certains ordres juridiques européens, il n'existe plus d'organes juridictionnels militaires séparés de la juridiction commune.

Si nous limitons notre attention au droit pénal de fond, nous trouvons le degré le plus élevé d'homogénéisation – et c'est du reste compréhensible – par rapport aux principes fondamentaux de la partie générale: il s'agit, en effet, de principes de civilisation à vocation universaliste et de valeur constitutionnelle, tant explicite qu'implicite.

S'il reste une spécialité du droit pénal militaire, elle devrait trouver un terrain d'élection dans le système des incriminations spécifiques et un autre champ d'établissement dans le système punitif.

En ce qui concerne le système des incriminations, il s'agit de s'entendre. Dans la mesure où la spécialité militaire, entendue comme spécialité qualitative des objets de protection, ressort plus si le catalogue des conduites illicites demeure essentiellement limité à ce nombre traditionnel et circonscrit de délits propres (Sonderverbrechen), qui sont depuis toujours de bons exemples du modèle de délit typiquement militaire, c'est-à-dire des délits comme ceux contre la discipline et le service, commis par des militaires en violation de devoirs de caractère spécifiquement militaire. Mais lorsque on abandonne le plan des devoirs professionnels spécifiques et que l'on opte pour une sélection de politique criminelle plus large de biens ou d'intérêts juridiques pouvant avoir une importance militaire, la spécialité qualitative des objets de la protection s'atténue fortement. Quoi qu'il en soit, l'importance militaire n'étant pas un critère ontologique soustrait en tant que tel à l'évaluation discrétionnaire du législateur, on comprend bien qu'au niveau comparé émerge encore aujourd'hui un panorama assez varié de modèles de législation pénale militaire, parfois plus restrictifs et parfois plus extensifs dans la délimitation du champ des délits militaires et le cercle des sujets qui peuvent être assujettis à la loi pénale militaire. Cette persistante absence d'homogénéité – exception faite du recours généralisé au principe bien connu d'extension extraterritoriale de la loi pénale nationale aux militaires opérant à l'étranger, que l'on appelle loi dans le sac – est inévitablement porteuse d'inconvénients; en particulier dans le cadre des missions étrangères avec la participation de soldats de différentes nationalités peuvent se produire des différences de traitement injustifiées et des superpositions confuses tant de normes pénales que de juridictions différentes. Mais le dépassement des autarcies pénales nationales, en vue d'un processus d'homogénéisation normative au niveau international, se trouve face à des obstacles qui ne sont pas faciles à dépasser en l'absence de critères

de politique criminelle aptes à délimiter avec précision et univocité des contenus et des limites d'un sous-système de protection pénale militaire susceptible d'être désigné comme modèle commun capable de recevoir un large consensus (d'abord scientifique, puis politique). S'il en est ainsi, la spécialité qualitative des contenus de la protection pénale militaire est peut-être aujourd'hui, dans l'optique du droit pénal de fond, moins évidente et problématique que la problématique de la spécialité qui caractérise, par exemple, le délit environnemental ou le délit fiscal.

Enfin, il reste une possible spécialité inhérente au système punitif. Mais, pour les raisons que nous avons déjà évoquées, celle-ci n'est pas non plus capable de s'imposer (pour ainsi dire) «à rimes obligées» dans une direction dérogatoire spécifique. Dans ce cas aussi, le choix des modalités d'adaptation des types concrets de sanctions aux exigences militaires appartient largement au pouvoir discrétionnaire législatif dans le respect, bien entendu, des principes généraux du système punitif de rang constitutionnel.

Des remarques telles que celles que nous venons de résumer laissent-elles survivre une forme quelconque de spécialité significative du droit pénal militaire ?

En d'autres lieux, j'ai eu l'occasion de dessiner un cadre récapitulatif des raisons techniques qui servent, selon l'expérience historique jusqu'à présent mûrie au niveau comparé, de critères diagnostiques pour établir en général si un champ de matière déterminé se prête à être inséré dans le code pénal commun ou a, au contraire, des caractéristiques d'une loi pénale annexe. En synthèse, il s'agit de critères alternatifs qui peuvent être ainsi regroupés: principes généraux d'imputation versus principes au moins en partie dérogatoires; biens juridiques à prégnance axiologique versus biens ou intérêts artificiels; universalité versus sectorialité; consolidation versus nouveauté; autonomie versus complément de réglementations extrapénales; simplicité versus technicisme; possible atteinte versus violation formelle; sanctions dures versus sanctions indulgentes. Donc, en appliquant des critères de ce type à un droit pénal militaire non pas d'hier mais d'aujourd'hui, le diagnostic final n'est pas univoque, mais présente des éléments d'incertitude. Dans un tel droit, il est en effet vraisemblable que coexistent des biens juridiques aussi bien sectoriels qu'universels, aussi bien artificiels qu'à prégnance axiologique, des délits formels et des délits lésionnaires, des infractions plus simples et des infractions techniquement plus complexes; tandis que l'homogénéisation presque totale désormais atteinte sur le plan des principes généraux d'imputation tendrait à faire pencher le plateau de la balance plus vers une possible annexion du chapitre du pénal militaire dans le grand livre du droit pénal commun.

En ce qui nous concerne, en réalité, nous ne sommes absolument pas opposés, sur le plan des principes, à une perspective moderne de sous-systèmes différenciés, bien entendu dans les limites des principes fondamentaux et des garanties constitutionnellement indérogables, dans tous les cas où la différenciation peut

être justifiée par une spécificité manifeste et accentuée des matières à régler. Mais, pour paradoxal que cela puisse paraître, les choses ne semblent plus se présenter exactement en ces termes dans le cas d'un droit pénal militaire vraiment modernisé. En effet, une fois exclue la nécessité de maintenir des règles d'imputation sensiblement dérogoires, des modèles de procédure différenciés et des organes juridictionnels autonomes, les spécificités résiduelles du système des incriminations militaires ne sembleraient en réalité pas de nature à empêcher leur possible insertion dans la législation pénale ordinaire. Du reste, on peut dire que chaque secteur criminel de la partie spéciale du code pénal commun, reconstitué dans toute sa spécificité et sondé en profondeur, constitue un sous-système en soi. S'il en est ainsi, une possible conclusion de ce type n'apparaîtra pas trop provocatrice: le droit pénal militaire, si l'on veut le regarder aujourd'hui sans préconceptions et préjugés enracinés, intègre un sous-système dans un sens substantiellement non dissemblable de celui que nous donnons au même concept en référence à tout autre champ de la matière.